



Juridiska Institutionen
Handelshögskolan
vid Göteborgs Universitet

Tillämpade studier
20 poäng, HT-2004

Avtalsprincipen i kapitalvaruhandeln

Daniel Jönsson

Handledare:
Claes Martinson

Sammanfattning.....	4
Förkortningar.....	6
1 Inledning.....	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte	7
1.3 Metod	8
1.4 Problemformulering	9
2 Historisk kontext	11
2.1 Utvecklingen fram till 1920.....	11
2.2 Utvecklingen 1920 och framåt.....	12
3 Tillämpning av och motiv bakom avtalsprincipen	14
3.1 Inledning	14
3.1.1 Byggnad på annans mark	14
3.1.2 Löpande skuldebrev och aktier deponerade hos bank	15
3.1.3 Exekutiv försäljning.....	15
3.1.4 Immaterialrättigheter.....	15
3.1.5 Fordringar vid överlåtelse av hel verksamhet.....	16
3.1.6 Virke.....	16
3.2 Sammanfattning	17
4. Avtalsprincipen - och lagerhantering.....	18
4.1 Inledning	18
4.2 Den nya lagen och uttalanden i förarbetena.....	18
4.3 Lagstiftningen är generös mot part som hävdar separationsrätt	19
4.4 Säljarens bundenhet av en individualisering i svensk och utländsk rätt.....	21
4.4.1 Inledning	21
4.4.2 Skäl för specialitetsprincipen.....	21
4.4.3 Förpliktelsen övergår till att avse individuellt bestämd egendom.....	21
4.4.4 Krav på bundenhet i utländsk rätt	22
4.5 Den svenska lagstiftningens följder	24
4.5.1 Inledning	24
4.5.2 Avskuren förfogandelegitimation	25
4.5.3 Avskuren förfoganderätt vid äganderättsförbehåll	26
4.5.4 Straffrättsliga frågor	27
4.6 Konsekvenser för lagerhanteringen	27
4.6.1 Inledning	27
4.6.2 Konsumentens förväntade vinster med den nya regleringen.....	28
4.6.3 Säljarens handlande påverkar kundens sakrättsliga skydd	28

4.6.4 Säljaren agerar i syfte att hjälpa konsumenten.....	29
4.6.5 Säljaren agerar i syfte att stjälpa konsumenten.....	30
 5 Avtalsprincipen - och tillverkningsavtal	32
5.1 Inledning	32
5.2 "Båtfallet"	33
5.3 Slutsats	34
 6 Avtalsprincipen - och köp i flera led	36
 7. Avtalsprincipen - och möjligheten till finansiering genom säkerhetsköp	38
7.1 Inledning	38
7.2 Säkerhetsköpets ställning i svensk rätt	40
7.3 Bevisproblem vid gränsdragningen mellan omsättning- och säkerhetsöverlåtelse	42
7.4 Klassificeringsproblemet	46
7.4.1 Inledning	46
7.4.2 Säkerhetsavtalets karaktäristika	47
7.4.2.1 Säljarens/kredittagarens lösningsrätt	47
7.4.2.2 Köparens/kreditgivarens redovisningsplikt.....	47
7.4.2.3 Andra komponenter.....	47
7.4.3 Slutsats	48
 8 Återvinning.....	50
8.1 Inledning	50
8.2 Syftet med återvinning	50
8.3 Beräkningen av återvinningsfristen	51
8.4 De materiella återvinningsreglerna 4:5 och 4:10 KL.....	52
8.5 Slutsats	53
 9 Avslutande kommentarer	55
 Rättsfallsförteckning	59

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att belysa de problem som kan antas uppkomma i och med en övergång till avtalsprincipen i konsumentförhållanden. Genom att försöka anlägga ett praktiskt synsätt på problematiken hoppas jag att uppsatsen blir mer läsvärd och genom jämförelser med främst dansk rätt avser jag visa på alternativ till de lösningar som den svenska lagstiftaren valt.

Avtalsprincipen gällde länge som huvudregel i svensk rätt. Bakom den framväxten av traditionsprincipen låg en oförmåga att handskas med avtalsprincipen, som utnyttjades för borgenärssviktiga transaktioner. Anledningen till att man inte lyckades komma tillrätta med problemen kring en tillämpning av avtalsprincipen låg främst i dåtidens omogna rättskultur där exempelvis konkursinstitutet inte var tillräckligt utvecklat för att tackla borgenärssviktiga beteenden.

Idag gäller traditionsprincipen som huvudregel vid överlåtelse av lösöre i svensk rätt. För vissa egendomsslag gäller dock avtalsprincipen och orsakerna till detta är främst praktiska då vissa egendomsslag inte lämpar sig för att traderas. I vissa fall kan man dock skönja att lagstiftaren har motiverat en tillämpning av avtalsprincipen med rättviseargument.

En övergång till avtalsprincipen har nyligen skett inom området för konsumentköp. Det kan konstateras att en näringsidkare, genom olika transaktioner, ofta kan välja att gynna en kund inför en stundande konkurs. Jämförelser görs också med utländsk rätt som i vissa fall valt andra lösningar vid utformningen av dessa regler. Också vissa straffrättsliga frågor behandlas. Det kan antas att en näringsidkare drar sig för att vidta vissa dispositioner om han riskerar straffas för gärningen.

I och med en övergång till avtalsprincipen kan flera problem uppstå. Två särskilda problem kan skönjas. De första gäller tillverkningsavtal där problemet ofta rör tidpunkten, vid vilken en vara kan anses vara tillräckligt individualiserad för att separationsrätt skall anses uppkomma. Det andra problemet som kan uppstå rör köp av varor i flera led, exempelvis där varan förskottsbetalas av en konsument men där en detaljist först måste köpa in varan från en grossist.

Vid en övergång till avtalsprincipen aktualiseras också den ibland svåra gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsköp. Säkerhetsköpet innebär enkelt att parterna skriver ett överlåtelseavtal som egentligen innebär en förtäckt pantsättning. Säkerhetsköpet godkänns som regel inte av rättsordningen. Svårigheterna ligger här ofta i att avgöra vilken av parterna som har bevisbördan för sitt påstående om att det rör sig om ett säkerhetsköp eller omsättningsköp och vilken styrka på bevisningen som krävs. Kravet på sakrättsligt moment kan ses som en första barriär att överkomma för att få skydd mot överlåtarens borgenärer. Reglerna om återvinning utgör den andra barriären. I och med en övergång till avtalsprincipen kan problem antas uppkomma kring reglerna om beräkningen av återvinningsfristen. Även särskilda komplikationer kan uppstå då en förpliktelse fullgörs genom fullgörande i natura.

Förkortningar

AvtL	Avtalslagen
BrB	Brottsbalken
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalken
KommL	Kommissionslagen
KonkL	Konkurslagen
KköpL	Konsumentköplagen
KkrL	Konsumentkreditlagen
KTjL	Konsumenttjänstlagen
KöpL	Köplagen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd I
PL	Patentlagen
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SkbrL	Skuldebrevslagen
SvJT	Svensk juristtidning
RedovisningsmedL	Redovisningsmedelslagen
RB	Rättegångsbalken
UfR	Ugeskrift for retsvæsen, dansk samling av rättspraxis

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Genom en nyligen införd paragraf i konsumentköplagen har avtalet gjorts till sakrättsligt moment vid konsumentköp. Trots begränsningen av att ändringen endast träffar konsumentköp innebär ändringen ett systemskifte i svensk rätt. Till skillnad från kontinental rätt har avtalsprincipen inte haft någon framträdande roll i Sverige. De problem som uppkommer i och med ändringen har därför inte behandlats i svensk rätt. Många av de frågor som uppkommer har dock behandlats av de utländska rättsordningar som sedan länge tillämpat avtalsprincipen.

Bakgrunden till övergången från traditionsprincipen till avtalsprincipen vid konsumentköp är föreställningen om de förluster som konsumenter gjorde när de förskottsbetalat eller betalat handpenning för varor som ännu inte levererats och säljaren sedermera gick i konkurs. Det saknades också kunskap om traditionsprincipen, vilket ledde till att konsumenten var ovetande om den risk han tog vid förskottsbetalning av en vara.¹

Eftersom lagändringen främst berör varor där konsumenten erlägger förskottsbetalning eller handpenning är det typiskt sett kapitalvaror, som kommer att beröras. Det rör sig om varor såsom: vitvaror, bilar, möbler och större elektronikvaror exempelvis TV-apparater. Dessa varor är typiskt sett värdefulla för den enskilda köparen och en förlust av både varan och förskottsbetalningen blir ofta ekonomiskt kännbar för den enskilde konsumentens privatekonomi.

1.2 Syfte

Det övergripande syftet med denna uppsats är att belysa de problem som kan antas uppkomma i och med en övergång till avtalsprincipen i konsumentförhållanden. Det rör sig om problem knutna till säljarens bundenhet av en gjord individualisering av varan, gränsdragningar mellan säkerhetsköp och omsättningsköp och de bevisproblem som uppstår härmed. Även institutet återvinning i konkurs behandlas i uppsatsen och då med tyngd-

¹ Prop. 2001/2002:134 s 74

punkt på de komplikationer som uppkommer i och med en övergång till avtalsprincipen. Uppsatsen kan läsas av alla men den riktar sig särskilt till yrkesverksamma jurister exempelvis konkursförvaltare och bolagsjurister på företag som berörs av lagändringen.

1.3 Metod

För att belysa de problem som uppstår i och med en övergång till avtalsprincipen vid konsumentköp har jag valt att tillämpa tre metoder; en teoretisk, en praktisk och en komparativ metod. I de mer teoretiska delarna uppsatsen har jag utgått från en rättsdogmatisk metod, med studier av lagtext, rättspraxis och doktrin. Tyngdpunkten vid beskrivningen av gällande rätt ligger här vid Håstads, *Sakrätt avseende lös egendom*.

Det kan också tilläggas att av de källor som främst använts (Gregow, Håstad och Göransson) ställer sig alla positiva till avtalsprincipen även om Håstad i viss mån befinner sig i polemik med Gregow angående utformningen av reglerna.

För att få en helhetsbild om vilken inverkan en övergång till avtalsprincipen får i praktiken, vid konsumentköp, har jag genomfört ett tjugotal kortare intervjuer med konkursförvaltare och yrkesverksamma inom kapitalvaruhandeln. Intervjuerna har varit av kvalitativ art med öppna frågor som skapat en närkontakt med intervjuobjekten, vilket har gett en bättre förståelse för de reella problemen och den verkliga situationen. Intervjuerna har ofta utmynnat i givande diskussioner kring handelsbruk och branschsedvana. Jag har valt att inte genomföra några intervjuer med konsumenter av den anledningen att de flesta människor får antas vara omedvetna om att problematiken existerar.

För att få en uppfattning om hur utländska rättssystem har tacklat dylika problem har jag också i viss mån tillämpad en komparativ metod. Tyngdpunkten ligger här vid studier av dansk rätt, som uppvisar en stor rättslikhet med svensk rätt. Förutom doktrin har jag även tittat på dansk rättspraxis och då främst den rättspraxis som kommenteras i doktrinen. Domarna i Danmark redovisas i *Ugeskrift for Retsvæsen (UfR)* och omfattar både deras motsvarighet till Högsta Domstolen och Hovrätterna.

Studierna av den utländska rätten har inte till syfte att analysera eller sprida kunskap om de utländska reglerna. De komparativa inslagen av uppsatsen fyller snarare funktionen att belysa och i viss mån kritisera de gällande svenska reglerna.

1.4 Problemformulering

Tanken bakom en övergång från traditionsprincipen till avtalsprincipen vid konsumentköp är i första hand att skydda konsumenten från att göra en förlust av både varan och förskottsbetalningen. En sådan förlust ses av de allra flesta människor som märklig och orättvis och att tillämpa avtalsprincipen på konsumentköpet borde stå i samklang med det allmänna rättsmedvetandet. Spelar det då någon roll för en näringsidkare om hans kunder får ett sakrättsligt skyddat anspråk på egendom i en konkurs? Vid en första anblick kan det verka som att det för en näringsidkare i konkurs är likgiltigt om det är banken, leverantörerna, staten eller kunderna som får utdelning i konkursen. I många fall borde detta också vara fallet. I andra fall kan det för näringsidkaren vara av yttersta vikt att upprätthålla sitt företags goodwill även efter ett konkursförfarande. Det finns också en tid efter konkursen och många näringsidkare kan vara intresserade av att starta om på nytt inom samma affärsområde och med samma kundunderlag som tidigare. Det kan därför vara viktigt för en näringsidkare att agera på ett sådant sätt att kunderna tillerkänns sakrättsligt skydd för de varor som betalats, men som av någon anledning finns kvar i säljarens vård.

En annan fråga som infinner sig vid en övergång till avtalsprincipen är möjligheten till finansiering genom så kallade säkerhetsköp. Det ligger oftast i näringsidkarens intresse att kunna utnyttja så mycket egendom som möjligt för att få en kredit. En näringsidkare skulle här ha möjlighet att säkerhetsöverlåta egendom utan att egendomen behöver traderas till panthavaren, vilket annars krävs enligt reglerna för handpantsättning.

Vid en inträffad konkurs utgör frågan huruvida det sakrättsliga momentet är uppfyllt eller inte, en första barriär att överkomma för att skydd mot gäldenärens konkursborgenärer skall anses uppkomma. För ett fullständigt skydd krävs även att det saknas möjlighet för återvinning. En åtgärd från en näringsidkares sida som sker för att exempelvis gynna en viss kund måste därför uppfylla vissa krav för att inte i ett senare skede kunna återvinnas av konkursboet.

Vid en konkurs skall egendomen i konkursboet delas mellan konkursboets borgenärer. Det kan handla både om penningborgenärer och om naturaborgenärer. Naturligtvis kommer egendomen inte att räcka till alla, om så vore fallet hade en konkurs i de flesta fall aldrig varit aktuell. Några intressenter måste göra en förlust. Den nya regleringen ger i många fall ett stort handlingsutrymme åt näringsidkaren att, genom åtgärder företagna

med varan, välja vilken kund han vill gynna vid en konkurs. Näringsidkaren kan också välja att gynna leverantörer, banken eller staten på kundens bekostnad.

Det grundläggande problemet ligger i att lagstiftaren i många fall lämnat över till domstolarna att lösa dessa problem som kan antas uppkomma i och med en övergång till avtalsprincipen. En övergång till avtalsprincipen kommer också påverka andra rättsområden på ett för lagstiftaren kanske oväntat sätt.

De problemen som rättstillämpningen nu står inför kan sammanfattas i:

- Problem vid individualisering av varan, där den svenska lagstiftningen avviker från vad som gäller i andra liknande rättsystem, vad gäller säljarens bundenhet av en gjord individualisering
- Problem vid en gränsdragning mellan omsättningköp och säkerhetsköp, samt kring bevisningen i dessa fall
- Särskilda problem vid återvinning i konkurs där vissa i min mening borgenärs-svikliga transaktioner riskerar att inte kunna återvinnas
- Problem kring beräkning av återvinningsfristen, när man inte längre kan använda traditionen som utgångspunkt vid beräkningen

2 Historisk kontext

2.1 Utvecklingen fram till 1920

Huruvida skydd mot tredje man skall uppkomma vid avtalet eller vid tradition är en fråga som har dristats i över tvåtusen år och många av de frågor som vi brottas med idag hänför sig till romersk rätt. I romersk rätt var ursprungligen övergången av äganderätten starkt formbunden men kom snart att ersättas av institutet *traditio*, där äganderättsövergången var kopplat till det fysiska överlämnandet av saken. Romarna fann dock att kravet på besittningsövergång var alltför betungande och kravet på tradition tolkades därför inte alldeles strikt utan vissa traditionssurrogat erkändes, såsom *constitutum possessorium*, som innebar att ett avtal tecknades om att säljaren skulle besitta saken för köparens räkning.²

Under tidig medeltid fortsatte traditionsprincipen tillämpas men med alltfler traditions surrogat, som urholkade principen alltmer. Idéer om att avtalet skulle räcka som sakrättsligt moment började dyka upp. Den nederländske juristen *Hugo Grotius*, som lade grunden för den naturrättsliga skolan, fordrade endast parternas sammanstående viljeförklaring för att äganderätten skulle anses ha övergått.³ Den svenska lagen av år 1734 påverkades starkt av *Grotius* idéer och även om det inte framgår av lagtexten får det antas att avtalsprincipen var dominerande i Sverige under denna tid.⁴ När vi uttalar oss om äldre gällande rätt skall man dock ha i åtanke att många av de frågor vi sysselsätter oss med idag var irrelevanta förr. Traditionsprincipen och avtalsprincipen hör hemma inom ramen för konkursinstitutet och detta institut samt samhället i övrigt var ganska outvecklat på 1700 och 1800-talet. Det skulle troligtvis ha tett sig främmande för en domare vid en häradsrätt att resonera i dessa termer.

Även de processuella förutsättningarna skilde sig markant från dagens system med fri bevisvärdering och muntlighetsprincip, vilket ledde till svårigheter att hantera problemen som avtalsprincipen medförde.

² Förutom *constitutum possessorium* förekom de mer perifera *traditio brevi manu* och *traditio longa manu*. För en närmare beskrivning av dessa begrepp, se Göransson s 72 ff.

³ Håstad s 208

⁴ Exempelvis handelsbalkens 10 kap. om handpant tolkat *é contrario*. Se Göransson s 286

2.2 Utvecklingen 1920 och framåt

Trendbrottet i svensk rätt kom i och med införandet av Lösöreköpsförordningen, LkF⁵, år 1835. LkF innebar att lösöre som lämnats kvar i säljarens besittning skyddades mot säljarens borgenärer först vid en registrering. LkF hade, trots att den inte användes särskilt mycket, en stor betydelse när det gällde att befästa traditionsprincipen som den rådande principen framför avtalsprincipen. Bakgrunden till införandet av LkF var att en tillämpning av avtalsprincipen antogs medföra ett stort antal skentransaktioner och bedrägerier där man använde köpeavtal för att kringgå reglerna om tradition vid pantsättning. Det rådde länge tvekan om huruvida LkF skulle tillämpas på både säkerhetsöverlåtelser och omsättningsöverlåtelser. Eftersom domstolarna hade svårt att skilja dessa båda från varandra beslutade HD i ett rättsfall från 1912⁶ att LkF skulle vara tillämplig både vid säkerhetsöverlåtelser och omsättningsöverlåtelser.

Trots att LkF föreskrev att bestämt gods som identifierats i en skriftlig handling kunde överlåtas utan att traderats, fortsatte domstolarna att tillämpa avtalsprincipen i de fall där köpet avsåg bestämt gods.⁷ Detta är underligt med tanke på att det var just dessa fall som skulle registreras enligt LkF för att tillerkännas sakrättsligt skydd. Omsvängningen kom till sist i en serie av tre mål⁸ på 1920-talet där HD beslutade att det även skall krävas tradition i de fall där köpeavtalet avser bestämt gods.

Genom skuldebrevslagens⁹ tillkomst har traditionsprincipen vunnit ytterligare mark. För att en förvärvare av ett löpande skuldebrev skall tillerkännas skydd mot säljarens borgenärer krävs det enligt 22 § att han tagit skuldebrevet i sin besittning. Skuldebrevslagen tillkom 1936 och genom denna kommer traditionsprincipen till uttryck i lagtext för första gången.¹⁰

I vissa fall har inte avtalsprincipen helt undanträngts av traditionsprincipen. Orsaken är ofta rent praktisk. Vissa egendomsslag och vissa förfaranden lämpar sig helt enkelt inte för tradition. I dessa fall har lagstiftaren fått göra avkall på en enhetlig systematik

⁵ Lagen ändrade år 1977 namn till Lösöresköplagen, LkL.

⁶ NJA 1912 s 156

⁷ Håstad s 219

⁸ NJA 1924 s 543, NJA 1925 s 130 och NJA 1925 s 453.

⁹ Lag (1936:81) om skuldebrev

¹⁰ Göransson s 372

inom sakrätten. Det rör sig här om försäljning av virke, köp på exekutiv auktion och köp av byggnad på annans mark för att nämna de viktigaste. Även vid köp av fast egendom får köparen skydd mot säljarens borgenärer i och med avtalet. En lagfartsansökan får betydelse först vid dubbeldispositioner eller vid beräkning av återvinningsfrist. Till dessa fall kan man numera också hänföra köp i konsumentförhållanden.

3 Tillämpning av och motiv bakom avtalsprincipen

3.1 Inledning

I detta kapitel skall jag kort beskriva olika områden där avtalet anses utgöra sakrättsligt moment. Syftet är att visa vilka motiv som kan ligga bakom lagstiftarens och domstolars lösningar på sakrättsliga problem i de fall där avtalsprincipen används. Dessa motiv varierar. I vissa fall ligger det rättsekonomiska argumentet bakom, där lagstiftaren försökt hitta ett system som på bästa sätt tar tillvara samhällets resurser. I andra fall kan det finnas logiskt-systematiska argument bakom, där principer växt fram med hänsyn till enhetlighet och koherens i sakkäppen. Det förekommer också rättsociologiska argument¹¹ där man ser till sådant som moralnormer i samhället. Rättshistoriska argument bygger på att rätten inte kommer ur tomma intet. De regler som vid en given tidpunkt tillämpas kan härledas till äldre samhällsförhållanden och de ekonomiska och sociala förhållanden som då rådde.¹²

3.1.1 Byggnad på annans mark

Byggnad på annans mark är ett exempel på egendom där det vore opraktiskt att tillämpa traditionsprincipen. Byggnad på annans mark utgör inte fast egendom. Den jämförs inte heller med lösöre och borgenärsskydd anses därför inte kunna erhållas med hjälp av registrering enligt LkL. Högsta domstolen har därför gett förvärvaren skydd redan i och med avtalet.¹³ Detta anses gälla oavsett om det rör sig om en omsättningsöverlåtelse eller en säkerhetsöverlåtelse. För en pantsättning krävs det dock att byggnaden överlämnas i pantsättarens besittning.¹⁴

¹¹ Se Hydén s 37ff

¹² För en närmare beskrivning av dessa begrepp och uppdelning, se Henriksson JT 2003-04 s 795

¹³ NJA 1952 s 407

¹⁴ NJA 1954 s 407. Se vidare nedan avs. 7.2

3.1.2 Löpande skuldebrev och aktier deponerade hos bank

Huvudregeln när det gäller löpande skuldebrev¹⁵ är, enligt 22 § SkbrL, den att förvärvaren anses erhålla borgenärsskydd, när han fått skuldebrevet i sin besittning. Motsvarande gäller vissa enkla skuldebrev enligt 32 § SkbrL. Av intresse här är dock att undantag i detta fall har gjorts i de fall en bank eller värdepappersinstitut säljer skuldebrevet. Förvärvaren anses här vinna skydd mot bankens borgenärer redan i och med avtalet i enlighet med 22 § 2 st. SkbrL.

Även här ligger det praktiska överväganden bakom undantaget från traditionsprincipen. Dels är risken för skentransaktioner liten i dessa fall¹⁶, dels ligger det i omsättningens intresse att transaktioner kan genomföras utan att något besittningstagande sker. I motiven till regleringen¹⁷ anges att undantaget kan tillämpas eftersom handlingarna hålls avskilda från övriga tillgångar i bokföringen.

3.1.3 Exekutiv försäljning

I enlighet med NJA 1985 s 159 tillerkänns en förvärvare vid en exekutiv auktion borgenärsskydd redan i och med avtalet. I avgörandet konstaterar HD att man kan bortse från risken av skentransaktioner eftersom det rör sig om ett offentligt förfarande och att traditionsprincipen endast grundar sig på en motsatstolkning av LkL. Praktiska skäl talar för att närstående, exempelvis makar eller samboende, skall kunna ropa in egendom vid en exekutiv auktion och i dessa fall saknar oftast besittningen någon praktisk funktion.

3.1.4 Immaterialrättigheter

Det kan ifrågasättas om immaterialrättigheter över huvud taget kan hänföras till sakrätterna. Immaterialrättigheter är inte fysiska objekt utan juridiska konstruktioner. Det är här viktigt att hålla isär begreppen, att skilja mellan immaterialrättigheter i sig och fysiska uttrycksformer av immaterialrättsligt skyddade alster. Vid en överlåtelse av t.ex. ett patent (i sig) sker inget faktiskt utbyte av en fysisk sak och köparen anses vara skyddad mot säljarens borgenärer i och med avtalet. Anteckning av ny ägare i patentregistret utgör

¹⁵ 22 § SkbrL anses kunna tillämpas analogt vid överlåtelse av check och växel m.m.

¹⁶ Håstad s 252

¹⁷ NJA II 1936 s 93

inget formkrav för sakrättsligt moment utan har verkan av passiv saklegitimation.¹⁸ För sakrättsligt skydd av fysiska uttryck av en immaterialrättsligt skyddad skapelse däremot, som t.ex. en CD-skiva innehållandes en programvara, gäller som övriga för lösa saker, tradition. Trots att immaterialrättigheter inte behöver ett fysiskt uttryck för att existera i sig förekommer situationer där det fysiska uttrycket är nödvändigt för att immaterialrättigheten värde skall bibehållas. Exempelvis vid avtal om programvaruutveckling säkerställer ofta beställaren att en uppdaterad kopia av källkoden finns deponerad hos en tredje man.¹⁹ Detta därför att vid programvaruutvecklarens eventuella konkurs försäkra sig om tillgång till själva källkoden i sig. I vissa fall kan det dock ligga ett värde i att placera även immaterialrätter bland sakrätterna eftersom det rent kommunikativt underlättar att använda sig av en sakrättslig begreppsapparat vid exempelvis ett konkursförfarande.

3.1.5 Fordringar vid överlåtelse av hel verksamhet

När det gäller enkla fordringar gäller att borgenärsskydd uppnås vid denuntiation i enlighet med 31 § 1 st. SkbrL. Av intresse här är att det vid överlåtelse av en hel rörelse har det dock ansetts opraktiskt att alla fordringars gäldenärer skall underrättas. Risker för rena skenöverlåtelser måste även här anses lita då förvärvaren ändå måste ta inventarier och liknande i sin besittning.

3.1.6 Virke

Genom lagen (1944:302) om köparens rätt till märkt virke, vinner en köpare skydd mot säljarens borgenärer om virket blivit tydligt märkt för köparens räkning och det vid köp av sådant virke är brukligt att genom märkning ange vad som tillkommer köparen. Bakom lagen ligger specifika problem, kopplade till godset beskaffenhet och till de rådande politiska förhållandena under 1940-talet. Typiskt sett betalar en köpare i förskott för virke och har inte möjlighet att genast transportera virket från platsen för köpet.²⁰ La-

¹⁸ PL 6:44§ 1 st

¹⁹ S.k. Escrow-avtal

²⁰ Se prop. 1944:201 s 3ff

gen har kommit att tolkats restriktivt. I NJA 1980 s 740²¹, som behandlar försäljning från sågverk av sågat virke, har rekvisitet ”brukligt” tolkats som en fast och utbredd sedvana.

3.2 Sammanfattning

Traditionsprincipen i sig kan sägas ha börjat tillämpas av rättsekonomiska skäl, där man hade svårt att komma tillrätta med borgenärsbedrägerier (se avsnitt 2.2). Dessa argument har sedan stelnat till en rättshistorisk hållning. Det kan tänkas att nya problem löses med logiskt-systematiska argument där tradition blir avgörande sakrättsligt moment då det bidrar till rättssystemets enhetlighet.

Bakom en tillämpning av avtalsprincipen finns ett flertal överväganden. I vissa fall, som exempelvis byggnad på annans mark bygger utformningen av rätten på i första hand rättsekonomiska argument. Det kan antas vara viktigt att dessa byggnader skall kunna användas som kreditsäkerheter. I andra fall, exempelvis i virkesfallet kan det antas att det rör sig om en rättshistorisk hållning (se avsnitt 3.1.6). I förarbetena till en övergång till avtalsprincipen i konsumentköpsfall kan man finna att alla argument har tagits i beaktande.²² Exempelvis kommer en övergång till avtalsprincipen leda till en mindre systematisk sakrätt där man får göra åtskillnad på omsättningsköp och säkerhetsköp. Rättsekonomiskt kan det konstateras att traditionsprincipen i viss mån förenklar ett konkursförfarande där konkursförvaltaren kan lämna ogrundade påståenden om överlåtelse utan avseende.²³ Rättshistoriska argument talar också för en bibehållen traditionsprincip.

I slutändan är det dock det rättssociologiska angreppssättet som tillmätts störst betydelse. Det ansågs helt enkelt oskäligt att en konsument inte hade rätt till en vara som han hade betalat för.²⁴

²¹ Domslutet kritiserar av Göransson som menar att vad som är normalt för kontrahenten under hans solventa period bör också godtas, då insolvens inträtt.

²² Se Henriksson JT 2003-04 s 802ff

²³ SOU 1995:11 s 146

²⁴ Ibid s 142

4. Avtalsprincipen - och Lagerhantering

4.1 Inledning

Som vi kommer att se i det följande har lagstiftaren i Sverige vid konsumentköp valt en annorlunda lösning på problemet med varans individualisering. Inget annat land har släppt på kravet att säljaren skall vara bunden vid sin individualisering gentemot köparen. Vid konstruktionen återtaganderättsförbehåll²⁵, som kan ses som en spegelbild av förhållandet att köparen har rätt att separera egendom vid säljarens konkurs, faller äganderättsförbehållet om köparen tillåts förfoga över egendomen.²⁶

Genom att bundenhet inte krävs uppkommer också den situationen att borgenärsskyddet i vissa fall föregår omsättningsskyddet. Säljarens hantering av en förskottsbetalad vara blir avgörande för huruvida sakrättslig skydd uppkommer för kunden vid en eventuell konkurs. I det följande kommer vi också se att en säljare i många fall har en möjlighet att välja vilken köpare han vill gynna inför en stundande konkurs.

4.2 Den nya lagen och uttalanden i förarbetena

Den nya 49 § KköpL har följande lydelse: *”Köp enligt denna lag gäller mot säljarens borgenärer i och med avtalet. När köp inte avser bestämd vara, blir köpet dock inte gällande mot borgenärerna förrän åtgärd har vidtagits genom avskiljande eller märkning av varan, anteckning om varan i en bokföringshandling eller på något annat sätt så att det framgår att varan är avsedd för köparen.”*

I första meningen framgår det att det, vid köp i konsumentförhållanden, räcker med avtalet för att borgenärsskydd skall uppstå. Det krävs alltså inte längre någon besittningsövergång för att skydd mot säljarens borgenärer skall anses uppkomma. I *första meningen* regleras de fall där köpet avser en bestämd vara. Det kan exempelvis röra sig om en viss bil som finns i säljarens lokaler. I de fall där köpet inte avser en viss vara, utan en

²⁵ Återtagandeförbehåll kan ske i enlighet med konsumentkreditlagens 25 §

²⁶ Se Håstad s 163

vara av visst slag, krävs det enligt *andra meningen* någon form av individualisering, för att skydd mot säljarens borgenärer skall anses uppkomma.

När ett köp inte avser en bestämd sak blir köpet gällande mot säljarens borgenärer först sedan varan avskiljts, märkts, antecknats i bokföringshandling eller på något annat sätt så det framgår att varan är avsedd för köparen. Enligt uttalanden i förarbetena till 49 § KköpL krävs det inte att köparen medverkar vid individualiseringen för att denna skall bli sakrättsligt bindande.²⁷ I propositionen konstaterar man att krav på att köparen av en vara medverkar vid en påföljande individualisering leder till att det sakrättsliga skyddet i praktiken blir värdelöst eftersom det får antas att konsumenter sällan medverkar vid en individualisering av köpt egendom som sker efter köpeavtalets ingående.

I SOU 1995:11 tar utredningen ställning till hur en individualisering kan gå till. Utredningen konstaterar att vid köp av t ex. en möbel eller en elektronisk apparat, torde det vara vanligt varan förses med en lapp där det framgår att varan är såld och namnet på köparen.²⁸ Varan placeras, enligt utredningen, ofta i ett särskilt utrymme. Säljaren upprättar vanligtvis också en handling, i vilken det anges eventuellt nummer eller beteckning på föremålet.

Utredningen menar vidare att vid bedömande om specialitetskravet är uppfyllt bör det avgörande vara om det för en utomstående person, t.ex. en konkursförvaltare, tydligt framgår att den är avsedd för en viss köpare.²⁹

4.3 Lagstiftningen är generös mot part som hävdar separationsrätt

Lagstiftaren i Sverige har valt att göra det tämligen enkelt för den part som hävdar separationsrätt. Man hade kunnat välja flera andra alternativ. Fem typsituationer kan härvidlag urskiljas där individualisering kan ha skett med tillräcklig grad av tydlighet för att sakrättsliga effekter skall anses uppkomma.³⁰ Längst ned på skalan, där det föreligger utåt sett minst synbara åtgärder, ligger rena viljeakter från säljaren. Säljaren avser att ett visst

²⁷ Prop. 2001/02:134 s 77

²⁸ SOU 1995:11 s 190

²⁹ Ibid. s 191

³⁰ Göransson s 500

av flera identiska föremål skall tillkomma en bestämd köpare. Nästa steg är någon form av märkning av varan för köparens räkning. Det tredje steget är att säljaren avskiljer varan för köparens räkning och det fjärde att varan avlämnas i enlighet med exempelvis köprättsliga regler. Det femte och sista steget utgörs av tradition.

1. *Rena viljeakter ex. säljaren avser att en viss vara skall tillkomma en köpare*
2. *Märkning ex. säljaren placerar en lapp på objektet där det står: såld till A*
3. *Avskiljande ex. säljaren placerar varan i en inhägnad reserverad för en köpare*
4. *Avlämnande ex. avtalat avlämnande enligt KöpL*
5. *Tradition ex. varan hämtas av köparen*

En tydlig gräns går här mellan det första steget, rena viljeakter, och de övriga. De senare kräver någon form av fysiskt handlande. Det första steget kan inte tillmätas någon betydelse då det vid en sakrättstvist krävs någon form av yttre manifestation.³¹ Utöver dessa olika steg kan man också fråga sig om det spelar någon roll huruvida köparen biträder åtgärden och vid vilken tidpunkt åtgärden måste företas.³² Som vi kommer att se i det följande har lagstiftaren valt en lösning som är fördelaktig för den som hävdar separationsrätt. Det räcker med att säljaren märkt varan utan att köparen behöver ha biträtt individualiseringen och denna individualisering kan ha skett när som helst före konkursen.

Även jämfört med äldre svensk rätt från tiden före traditionsprincipens genombrott ter sig nuvarande lagstiftning generös mot den part som hävdar separationsrätt. I *NJA 1914 s 209* som rörde överlåtelse av sågade trävaror var partiet märkt och avskilt för köparens räkning. HD beslutade att separationsrätt inte kunde föreligga då de sålda trävarorna inte avlämnats. I *NJA 1924 s 543* som handlade om ett virkesparti konstaterade HD visserligen att märkning och avskiljande räckte för att sakrättsligt skydd skulle erhållas. I det sistnämnda rättsfallet lades dock vikt vid att en representant för köparen medverkat vid individualiseringen.

³¹ Göransson menar att säljarens vilja i kombination med något av de övriga stegen, där den faktiska åtgärden tjänar syftet som bevis eller presumtion om den föreliggande viljeförklaringen.

³² Se exempelvis Lag (1944:181) om redovisningsmedel där det avgörande momentet är avskiljande och detta skall ske utan dröjsmål.

4.4 Säljarens bundenhet av en individualisering i svensk och utländsk rätt

4.4.1 Inledning

I och med att avtalet skall avse bestämd egendom förskjuts problematiken från att, som tidigare, avse egendomens besittningsövergång till att avse egendomens individualisering. Tidigare har specialitetsprincipen främst kommit att tillämpas beträffande anförtrodd egendom. Det kan röra sig om fall av försträckning, överlåtelse med äganderättsförbehåll och vid registrering i enlighet med lösöreköplagen. Specialitetsprincipen innebär kort att rättigheten måste kunna hänföras till något som är urskiljbart i en persons totala förmögenhetsmassa för att separationsrätt skall anses föreligga.³³

4.4.2 Skäl för specialitetsprincipen

Skälen till att specialitetsprincipen tillämpas är enkla. Den utgör en tekniskt skarp gräns mot området där äganderätt inte kan föreligga. Alla borgenärer kan inte tillerkännas separationsrätt vid säljarens insolvens; några måste bli utan och att skilja individuellt bestämda anspråk från generiskt bestämda anspråk har ansetts mest praktiskt. I vissa fall har dock skälighetssynpunkter och praktiska behov genombrutit specialitetsprincipen.³⁴ För att egendom skall övergå från att avse generiskt gods till speciegod³⁵ krävs det någon form av individualisering.

4.4.3 Förpliktelsen övergår till att avse individuellt bestämd egendom

Ett genusköp måste, för att separationsrätt skall uppkomma, förr eller senare övergå till ett specieköp genom *koncentration*³⁶. Det är allmänt vedertaget att säljarens val av vilken vara han vill leverera är definitivt i och med att varan avlämnas. I vanliga fall måste säljaren en viss tid före avlämnandet välja ut ett prestationsobjekt och genom bearbetning

³³ Separationsrätt kan föreligga till en bestämd bil, men inte till en viss mängd olja som hålls av säljare i lager tillsammans med en större mängd olja. I detta fall uppkommer istället en fordringsrätt. Se Göransson s 495, Walin 1975 s 14

³⁴ Se Håstad s 152

³⁵ Termerna hänför sig till gränsdragningen i den äldre köplagen och är inte direkt avpassade till att avse den sakrättsliga distinktionen.

³⁶ Rohde 1984 s 40

eller transport förbereda avlämnandet.³⁷ Koncentrationen går ytterligare ett steg om säljaren meddelar köparen vilket val han träffat och valet är definitivt om köparen accepterar detta val. När köparen väl har accepterat detta val, har förpliktelsen övergått till att avse individuellt bestämd egendom.

Rent köprättsligt har skillnaden mellan genusköp och specieköp betydelse vid frågor om farans övergång i 14 § KöpL³⁸ och säljarens rätt att välja prestationsobjekt. När det gäller säljarens val av prestationsobjekt kan säljaren ha ett intresse av att kunna byta ut varan mot en annan av samma slag trots att varan individualiserats och därmed blivit speciegods. Varan kan ha förstörts under den tid säljaren stod risken för varan eller han kan ha hittat en annan köpare, som är beredd att betala ett högre pris. Säljaren kan inte anses tvingad att leverera ett visst generiskt föremål endast genom att han ensidigt individualiserat detta för köparens räkning. I de fall där säljaren meddelat köparen om vilket prestationsobjekt som han avser leverera är läget mera oklart.³⁹ I de fall där köparen medverkat vid köpet blir säljaren bunden vid att leverera just den utpekade varan.

4.4.4 Krav på bundenhet i utländsk rätt

I *dansk rätt*, där avtalsprincipen länge tillämpats både vid konsumentköp och vid kommersiella köp, råder det delade meningar om det skall krävas en för säljaren bindande individualisering för att borgenärsskydd skall anses uppkomma. Det finns ingen regel som uttryckligen tar ställning i frågan och i rättspraxis har man inte heller slutgiltigt tagit ställning i frågan om vilken grad av individualisering som krävs. De danska domstolarna har antagit ett pragmatiskt förhållningssätt till frågan om en vara är tillräckligt individualiserad och vid en granskning av praxis har domstolarna inte heller bundit sig vid en speciell form eller sätt för individualiseringen av godset.⁴⁰

³⁷ Rohde 1984 s 41

³⁸ Syftet med kravet på individualiseringen är att avskilja säljaren att efter en olyckshändelse hävda att det var just köparens kvantitet av varor som gått förlorad. Se Ramberg, Köplagen s. 238, Håstad, Köprätt s.41.

³⁹ Rohde 1985 s 4

⁴⁰ Kruse s 1197f

De två kraven på en individualisering som uppställs i dansk doktrin är för det första att den skall vara bindande för säljaren och för det andra att den skall vara normal.⁴¹

När det gäller frågan om att individualiseringen skall vara bindande bygger denna på föreställningen att borgenärerna inte skall behöva finna sig i individualiseringar som gäldenären, exempelvis när exekutionsfaran är över, är fri att ändra. Viss kritik har framförts i dansk doktrin mot detta.⁴² Kritiken har främst tagit sikte på de praktiska problem som uppstår när det kommer till att bevisa att säljaren är bunden. Två ytterligare moment har därför lyfts fram i dansk doktrin. Det första momentet är ett meddelande från säljaren till köparen, att varan är leveransklar. Argumentet att ett meddelande skulle krävas bygger på att det är först sedan köparen blivit medveten om att han kan framställa speciekrav, som separationsrätten borde slå till.⁴³ Det andra momentet rör ömsesidigheten; köparen skall ha medverkat vid individualiseringen.

Det har också i dansk doktrin framhållits att individualiseringen skall vara normal.⁴⁴ Med "normal" avses i första hand att individualiseringen skall utgöra "ett normalt led i det förekommande handelsförhållandet mellan parterna".⁴⁵ Om säljaren exempelvis märker varor för vissa köparens räkning när varorna är i lager, trots att han vanligtvis märker varorna innan leverans, skall detta inte behöva respekteras av säljarens borgenärer. Detta känns igen från den svenska regleringen i lagen om märkt virke, där märkningen skall vara "bruklig"⁴⁶ för att sakrättsligt skydd skall uppstå (se ovan avs. 3.1.6). Det skall dock poängteras, att vid avgörandet om vad som är normalt respektive onormalt, så ställs det inte så höga krav att man ser till hela branschen utan det räcker med att det är normalt hos säljaren.⁴⁷

I *engelsk rätt* kan tre sätt urskiljas för att en förvärvare skall vinna sakrättsligt skydd; tradition, registrering eller denutiation. Genomgående krävs det att generiskt gods

⁴¹ Se Von Eyben, 1991 s 98 ff

⁴² Göransson s 531

⁴³ Göransson s 532

⁴⁴ Von Eyben, 1977 s 214f

⁴⁵ Højrup s 70

⁴⁶ Lag (1944: 302) om köparens rätt till märkt virke. Virke som blivit kvar i säljarens vård får ej tagas i anspråk för dennes gäld, om virket i fråga blivit tydligt märkt för köparens räkning och det vid köp av sådant virke är brukligt att genom märkning angiva vad som tillkommer köparen.

⁴⁷ För ett mer utvecklat resonemang, se Von Eyben, 1977 s 215

individualiseras för att separationsrätt skall tillkomma köparen. Huvudkravet för individualiseringen är att säljaren är bunden av sitt val.⁴⁸ Det får inte stå säljaren fritt att byta ut varan och sätta annan vara i dess ställe. Detta var fallet i *Federspiel & Co SA v Charles Twigg & Co Ltd*⁴⁹ där en säljare i konkurs hade packat och märkt en container med cyklar med köparens adress. Äganderätt ansågs inte tillkomma köparen och cyklarna ingick sedermera i säljarens konkursbo. För att bundenhet skall uppstå krävs det att någon form av yttre manifestation, som är synbar för köparen.⁵⁰ Det kan röra sig om någon form av avskiljande, som kan ske genom exempelvis vägning, mätning eller räkning. När detta väl skett räcker det med enkla åtgärder för att godset skall anses avskilt och separationsrätt skall uppstå.⁵¹

4.5 Den svenska lagstiftningens följder

4.5.1 Inledning

Vid en jämförelse mellan svensk och särskilt dansk rätt ställer vi i Sverige varken krav på att individualiseringen skall vara bindande för säljaren eller att den skall vara normal. Ett krav på att individualiseringen skall vara normal kan ses som ett supplement till återvinningsregler. Ett exempel skulle kunna vara en märkning av en vara inför en nära förestående konkurs. En sådan märkning som sker i syfte att gynna en speciell köpare, skulle inte tillmätas någon verkan eftersom den inte utgör ”normalt handelsbruk”. Inte heller i engelsk rätt har man släppt på kravet att säljaren skall vara bunden av sitt val av vara.

Termen *sakrättsligt skydd* används i de flesta fall för att ange att både borgenärs-skydd och omsättningsskydd föreligger.⁵² Att en köpare tillerkänns borgenärsskydd innebär att han anses vara skyddad mot att egendomen tas i anspråk av säljarens

⁴⁸ Individualiseringen skall vara ”irrevocabel” dvs. oåterkallelig. Se Atiya, Adams, Macqueen s 333

⁴⁹ *Federspiel & Co SA v Charles Twigg & Co* [1957] 1 Lloyd’s Rep 240, 255-6

⁵⁰ Det anses här vara oväsentligt om tredje man kan se vilket gods som tillkommer vilken köpare. Se Atiya, Adams, Macqueen s 334

⁵¹ En säljare hade efter att ha mottaget en order från en kund. Genom att placera de beställda varorna utanför sin butik ansågs varorna avskiljda och äganderätten övergick. Se Göransson s 187

⁵² Se exempelvis Håstad s 286 och Rohde 1985 s 174. Rohde använder termen ”fullständigt sakrättsligt skydd”

borgenärer och omsättningsskydd innebär att köparen anses vara skyddad mot att säljaren företar dubbeldispositioner. Det normala i svensk rätt har sedan länge varit att dessa båda delar av det sakrättsliga skyddet har sammanfallit. Detta samband har nu fått vika och köparens borgenärsskydd blir frikopplat från köparens omsättningsskydd.

Vi kan här skönja två ytterligheter. I den ena änden har vi de fall där en näringsidkare⁵³ köper specieegendom, exempelvis en bil med ett visst registreringsnummer, och konsumentköplagen inte är tillämplig. I dessa fall har köparen ett obligationsrättsligt anspråk på att få ut just den bestämda egendomen dvs. säljaren är förhindrat att sälja bilen en gång till; köparen har omsättningsskydd. Borgenärsskydd uppstår dock först i och med att egendomen traderats.

I den andra änden har vi de fall där konsumentköplagen är tillämplig och avtalet avser generiskt bestämd egendom, exempelvis en blå Fiat av viss modell. Om bilen individualiserats i enlighet med 49 § KKL så erhåller köparen borgenärsskydd redan genom avtalet. Omsättningsskyddet, dvs. köparens skydd mot att säljaren företar en dubbelöverlåtelse och säljer varan till tredje man, uppkommer dock inte förrän säljaren oåterkalleligen bundit sig vid en vara. Denna slutliga bundenhet uppkommer oftast vid tradingen av varan. (se ovan kap 3.4.3)

4.5.2 Avskuren förfogandelegitimation

I de fall där köparen erhållit omsättningsskydd är säljaren förhindrad att företa en dubbel-disposition. Man kan också uttrycka det som att säljarens *förfogandelegitimation* har avskurits. Att förfogandelegitimationen avskurits är i många fall ett kriterium för att borgenärsskydd skall anses uppkomma.⁵⁴ I många fall har just den omständigheten att förvärvaren erhållit omsättningsskydd en stor betydelse för huruvida borgenärsskydd uppkommit eller ej. Det anses härvidlag inte räcka med ett avskärande från rätten att förfoga över egendomen utan också ett avskärande av skenet av rådighet.⁵⁵ I vissa fall finns det dock undantag där man skiljer mellan borgenärsskydd och omsättningsskydd.⁵⁶

⁵³ Detta gäller också de fall där två privatpersoner handlar med varandra.

⁵⁴ Se Linskog, Om sakrättsligt misstroende, JT 1991-92 s 277.

⁵⁵ Se exempelvis HD:s resonemang i NJA 1995 s 367

⁵⁶ Myrdal s 70

Sådana undantag framgår av SkbrL där borgenärsskyddet regleras i 22 § respektive 31 § 1 st. medan omsättningsskyddet regleras 14 § respektive 31 § 2 st.

4.5.3 Avskuren förfoganderätt vid äganderättsförbehåll

Ett exempel på hur reglerna kring förfogandelegitimationen fungerar är äganderättsförbehåll. Äganderättsförbehållet anses vara ogiltigt om köparen tillåts överlåta egendomen vidare. Till en början motiverades detta med att ett äganderättsförbehåll som tillåter köparen att förfoga över egendomen inte kan vara allvarligt menat eftersom det enda syftet var att ge säljaren separationsrätt vid en konkurs.⁵⁷ Detta resonemang skulle dock göra de allra flesta äganderättsförbehåll ogiltiga då det enda syftet ofta är just att tillerkänna säljaren separationsrätt i en konkurs. En annan motivering till att äganderättsförbehållet anses vara ogiltigt vid fri förfoganderätt är att det skulle vara omöjligt för en säljare att i förväg bedöma om han är bland de lyckligt lottade vars egendom finns kvar i köparens konkurs. Det har också framhållits att det allmänt strider mot det svenska sakrättsliga systemet när gäldenären har fri förfoganderätt.⁵⁸

Om köparen medgivits en rätt, uttryckligen eller underförstådd, att förfoga över egendomen blir äganderättsförbehållet ogiltigt oavsett om köparen utnyttjat denna möjlighet vid konkursen eller ej.

Frågan i detta fallet är varför det är av sådan vikt att köparens förfoganderätt är avskuren i återtagandeförbehållsfallet när säljarens förfoganderätt inte behöver vara avskuren i konsumentköpsfallet, som skulle kunna ses som en spegelbild av ett återtagandeförbehåll.

⁵⁷ Almén § 28 not 129

⁵⁸ Se Håstad s 189 och Hellander s 657. Hellander menar dock att en samlad bedömning av argumenten trots allt inte ger en självklar slutsats.

4.5.4 Straffrättsliga frågor

På ett straffrättsligt plan innebär det att säljaren, om han företar en dubbeldisposition, gör sig skyldig till brottet olovligt förfogande enligt 10:4 BrB⁵⁹. Till ansvar för olovligt förfogande kan många gånger dömas där det pga. besittningsförhållandena inte går att döma till ansvar för stöld. I rättsfallet NJA 1966 s 107 förbrukade säljaren virke som mätts upp för köparens räkning i enlighet med Lagen (1944:302) om köparens rätt till märkt virke. Diskussionen i målet gällde huruvida förfarandet var att bedöma som stöld eller olovligt förfogande. HD beslutade att det rörde sig om olovligt förfogande och betonade särskilt att säljaren var bunden av den individualisering som skett.

Ett liknande fall idag där om märkningen skett i enlighet med 49 § KköpL, där det inte krävs någon bundenhet från säljarens sida vid en individualisering hade förfarande varit helt lagligt i enlighet med HD:s resonemang i NJA 1966 s 107 eftersom bundenheten här saknas. I det här fallet saknar ett, i min mening, illojalt förfarande ett straffrättsligt skydd.

4.6 Konsekvenser för lagerhanteringen

4.6.1 Inledning

De branscher som främst berörs av lagändringen är branscher med varor som inte hänförs till vardagsinköpen, dvs. typiskt sett kapitalvaror som är dyra och där en förlust vid säljarens konkurs ofta får stora ekonomiska konsekvenser för den enskilde konsumenten. Det kan som ovan sagts handla om inköp av möbler, vitvaror, datorer eller elektronik. Vid de normala vardagsinköpen sammanfaller i de allra flesta fall tidpunkten för försäljningen med traditionen av varan.

⁵⁹ Enligt BrB 10:4 straffas den som med egendom, som han har i sin besittning men vartill ägande- eller säkerhetsrätt är förbehållen eller eljest tillkommer annan, vidtager sådan åtgärd varigenom egendomen fränhändes den andre eller denne annorledes berövas sin rätt. Det krävs inte att den rättighet som tillkommer den andre är sakrättsligt skyddad mot tredje man utan deträcker med att äganderätt eller säkerhetsrätt för den andre uppkommit på grund av avtal eller med stöd av lagregler. En säljare som en andra gång säljer gods som han har i sin besittning gör sig skyldig till olovligt förfogande.

4.6.2 Konsumentens förväntade vinster med den nya regleringen

De vinster konsumenter kan antas göra genom att införa avtalsprincipen på konsumentområdet är, enligt förarbetena⁶⁰ till den nya lagen, att konsumenterna skyddas mot att förlora erlagd förskottsbetalning eller handpenning. Inom kapitalvaruhandeln är det vanligt att konsumenter betalar handpenning för att få varan levererad. Syftet med handpenningen är i de flesta fall att täcka eventuella utlägg från säljarens sida. Handpenningen varierar i de flesta branscher mellan 10 och 30 % av varans värde och betalas vanligtvis på plats vid näringsidkarens affärsställe.

Även förskottsbetalning torde förekomma i vissa fall. Det kan här handla om att kunden inte har möjlighet att transportera varan från affären omedelbart eller att vissa modifikationer skall göras. Det kan handla om en päls som blir kvar i kylrum hos säljaren under sommaren eller en bil där säljaren åtagit sig att byta däck innan kunden hämtar bilen.

Vid konsumentköp är i de allra flesta fall själva varan av mindre betydelse då det får antas att konsumenten på annat håll kan skaffa en liknande vara. I vissa fall kan dock konsumenten vara intresserad av att få ut just en bestämd vara. Detta kan vara fallet då konsumenten köpt varan till ett särskilt förmånligt pris eller om varan är av sådan art att den inte utan svårighet finns att köpa på annat håll.

Särskilt när det gäller handpenning får det också antagas att konsumenten ofta fick tillgodoräkna sig denna även enligt den tidigare ordningen. En konkursförvaltare som stod inför valet att antingen låta kunden lösa varan för den återstående köpeskillingen eller sälja varan till allmänheten torde nog ofta valt det förstnämnda alternativet. Detta dels av smidighetsskäl men också pga. de prissänkningar som ofta förekommer vid konkursutförsäljningar.

4.6.3 Säljarens handlande påverkar kundens sakrättsliga skydd

Den nya lagen ger en säljare ett ökat inflytande över konsumentens sakrättsliga skydd. Genom att en vara antingen måste vara bestämd i avtalet mellan köparen och säljaren eller senare individualiserad för att skydd mot säljarens borgenärer skall anses

⁶⁰ Se SOU 1995:15 s 148

uppkomma, krävs det en medvetenhet från säljarens sida att de åtgärder han företar med varan kommer att påverka konsumentens sakrättsliga skydd vid en eventuell konkurs.

Konsumentens omsättningsskydd är också som redogjorts för (ovan avs. 4.5.1) frikopplat från borgenärsskyddet. Detta innebär att en säljare, trots att en vara märkts för en tidigare kunds räkning och denne har borgenärsskydd, kan ändra en märkning till att avse en ny kund och då göra att denne tillerkänns borgenärsskydd. Det spelar härvidlag ingen roll om den nya köparen är i ond tro om den tidigare försäljningen. Säljaren är ju inte, så länge den förste kunden inte medverkat vid märkningen eller avskiljandet, bunden av individualiseringen.

4.6.4 Säljaren agerar i syfte att hjälpa konsumenten

I många fall där kunden förskottsbetalar varor via bank eller postgiro, reserveras varan i ett datoriserat ordersystem. Detta hindrar visserligen säljaren från att sälja fler varor än vad han har i lager, men varorna i sig har dock inte individualiserats på ett sådant sätt att köparen erhåller något borgenärsskydd. När säljaren konstaterar att förskottsbetalningen influtit, flyttas varan från lagret och paketeras. Paketet märks med kundens uppgifter och placeras i ett särskilt utrymme i väntan på transport till kunden. Först vid denna tidpunkt anses kunden kunna tillerkännas borgenärsskydd.

Faran för kunden med ett sådant förfarande är att tiden mellan förskottsbetalningen och den efterföljande märkningen blir för lång. Varan förses exempelvis med kundens namn och adress först vid tidpunkten för leverans. I detta fall, där det gäller generiskt bestämda varor, riskerar avtalsprincipen att inte få något genomslag över huvud taget. Den punkt, vid vilken borgenärsskyddet anses uppkomma, sammanfaller här med traditionen av varan precis som det gjorde enligt den tidigare ordningen.

I de fall där kunden förskottsbetalat eller betalat handpenning för en vara som skall transporteras från en grossist kan det även tänkas att kunden kan komma att stå utan borgenärsskydd. Kunden erhåller oftast ett kvitto på erlagd handpenning eller förskottsbetalning, men detta spelar mindre roll om varan inte genast förses med kundens personuppgifter. Antag att två olika kunder har beställt och erlagt handpenning för två likadana cyklar. För säljarens del spelar det ingen roll vilken cykel som utges till vilken köpare. När den förste kunden kommer in och visar upp sitt kvitto för att få ut sin cykel, som är

generiskt bestämd på kvittot, hämtar säljaren en cykel på lagret och lämnar ut denna. När den andra köparen kommer sker samma sak. Säljaren saknar här i regel någon anledning till att märka varan för kundens räkning och kunden kommer heller inte i normala fall lida någon skada. Vid en konkurs saknar dock båda köparna i ovanstående exempel borgenärsskydd och kommer att få en oprioriterad fordran i säljarens konkurs. Det kan dock konstateras att säljaren genom enkla åtgärder, exempelvis en märkning av en cykel redan vid kundens erläggande av förskottsbetalning, kan hjälpa kunden att tillerkännas separationsrätt vid en eventuell konkurs.

4.6.5 Säljaren agerar i syfte att stjälpa konsumenten

Den nya regleringen ger, som tidigare redogjorts för, säljaren en större handlingsfrihet. Han kan inför en förestående konkurs välja att gynna en särskild kund framför de andra. Det kan finnas flera anledningar till att gynna en kund framför andra. I vissa fall kan det tänkas att säljaren har planer på att starta om på nytt och om kunden är en storkund kan det finnas anledning till att behålla goda relationer med denna kund. I andra fall kan det röra sig om närstående personer. I andra fall kan det ligga rent ekonomiska överväganden bakom.

Antag att en säljare sålt två stycken bilar av samma modell till två olika kunder. Bilarna har endast blivit generiskt bestämda i avtalet med kunderna och dessa har erlagt förskottsbetalning. När den första bilen kommer in märks den med en skylt där det framgår att bilen är såld till den första köparen. Denne är nu skyddad mot säljarens borgenärer (*borgenärsskydd*) men inte mot att säljaren överlåter bilen till en annan köpare (*omsättningsskydd*). Antag vidare att den andra köparen kommer in till bilfirman och får reda på att en konkurs är nära förestående. Han inser att han riskerar att förlora sin förskottsbetalning och erbjuder pengar mot att säljaren ändrar märkningen till att avse honom. I säljarens konkurs erhåller den andre köparen borgenärsskydd trots att hans köp ligger efter den förste köparen tidsmässigt och att han är i ond tro härom.

Säljaren, som visserligen måste sägas ha handlat illojalt mot den förste köparen, har inte gjort sig skyldig till olovligt förfogande (se ovan avs. 3.5.4) eftersom han aldrig var bunden vid sin märkning gentemot den förste köparen. Det handlar inte heller om

mannamån mot borgenärer eftersom rekvisitet betalning av skuld inte avser fullgjord leverans.⁶¹ Inte heller riskerar åtgärden att kunna återvinnas (se nedan avs. 7).

⁶¹ I NJA 1950 s 417 har HD fastslagit att en varuleverans inte kan ses som en betalning av en gäld.

5 Avtalsprincipen - och tillverkningsavtal

5.1 Inledning

Ofta har det setts som avtalsprincipens främsta styrka att säkra förskottsbetalningar vid just beställningsköp.⁶² En fråga som då uppkommer är när en vara, under tillverkning, skall anses vara tillräckligt individualiserad för att köparen tillerkännas separationsrätt? Frågan aktualiseras i de fall där kunden specialbeställt och förskottsbetalat en vara som skall tillverkas för kundens räkning. Det kan även röra sig om fall, där det material som köparen själv bidragit med, är av stort värde.

I de fall där kunden bidrar med en väsentlig del av materialet är det fråga om arbetsbeting vilket leder till att Konsumenttjänstlagen⁶³ och inte konsumentköplagen anses tillämplig. Kunden anses då bli ”ägare” till det råmaterial som skall bearbetas. En effekt av den tidigare ordningen var att det fanns en risk att en rent obligationsrättslig gränsdragning fick avgöra om köparen skulle tillerkännas separationsrätt. Ur ett sakrättsligt perspektiv spelar det här ingen roll om parterna sinsemellan kommit överens om att äganderätten skall övergå vid en annan tidpunkt. Frågan man kan ställa sig är varför en beställare skall tillerkännas separationsrätt i de fall där tillverkaren omvandlar beställarens plank och skruv till en båt men inte där tillverkaren omvandlar beställarens förskotterade pengar till en båt?⁶⁴

I och med att avtalet nu anses tillräckligt för att en köpare skall tillerkännas separationsrätt övergår problematiken från att gälla köplagens obligationsrättsliga gränsdragning mellan arbetsbeting och köp, till att avse individualiseringen av varan. Frågeställningen kan delas upp i två skilda delfrågor. Dels frågan när en sak är tillräckligt individualiserad för att köparen skall tillerkännas separationsrätt, dels vad det är köparen har separationsrätt till. I nästa avsnitt tänkte jag illustrera problematiken med ett exempel.

⁶² Göransson s 530

⁶³ Se konsumenttjänstlagen (1985:716) 2 § 1 p

⁶⁴ Se Håstad s 45

5.2 ”Båtfallet”

Antag att ett varv får till uppgift att bygga en båt för en kunds räkning.⁶⁵ Flera steg i tillverkningen kan här urskiljas:

1. Båtbyggaren lägger upp allt material vid dockan där båten skall byggas.
2. Stålskelettet till båten har svetsats samman.
3. Plåtarna har svetsats samman så att det nu ser ut som en båt
4. Inredningen sätts på plats
5. Motor och rigg sätts på båten.

För att separationsrätt skall anses uppkomma krävs det att specialitetskravet är uppfyllt. I förarbetena till den nya 49 § KköpL konstaterar utredningen att det vid tillverkningsavtal räcker med att arbetena påbörjas för att individualiseringskravet skall anses vara uppfyllt. Så snart sammansättningen av båten har börjat och det inte längre rör sig om hopbragt råmaterial kan en individuellt bestämd sak vara skönjbar.⁶⁶ Det kan emellertid röra sig om flera köpare och flera båtar. Individualiseringskravet kan då vara uppfyllt när som helst under tillverkningen.

Antag att det rör sig om tre köpare; den första köparen har valt en inredning i plast och en svag motor. Den andra köparen har valt en inredning i trä med svag motor och den tredje träinredning och en stark motor. För den första köparen borde individualiseringskravet vara uppfyllt i och med att inredningen kommer på plats. För köpare två och tre uppfylls individualiseringskravet först när motorn har kommit på plats. Innan detta sker går inte deras båtar att skilja åt. Även om inte båtarna kan särskiljas kan detta åtgärdas genom att märkning sker, där det framgår vilken köpare som är ägare till respektive båt.

Vad köparen har separationsrätt till beror på situationen. Om allt råmaterial hämtas ur ett gemensamt lager uppkommer endast separationsrätt till det färdigställda materialet, övrigt material kan inte anses individualiserat i tillräckligt stor utsträckning.

⁶⁵ Det kan påpekas att lag (1975:605) om registrering av båtbyggnadsförskott kan tillämpas. Kort innebär lagen att man genom registrering hos sjöfartsverket kan få sakrättsligt skydd till både i byggnadsämnena och vad som för hans räkning tillverkats med förskottet. Det kan dock tilläggas att registrering av båtbyggnadsförskott mycket sällan tillämpas i praktiken. Se SOU 1995:15 s 166.

⁶⁶ SOU 1995:15 s 168

Om allt råmaterial ligger upplagt i anslutning till den redan individualiserade båten, vilket antagligen är ovanligt, och det framgår att råmaterialet hör till just den båten borde separationsrätt även tillerkännas i fråga om råmaterialet. Förarbetena till 49 § KöpL ger dock inte något klart besked om vad det är köparen har separationsrätt till.

5.3 Slutsats

Det kan tänkas att en domstol kan komma att godkänna separationsrätt tidigare än vad som förut var möjligt i vissa branscher. Dagens teknik gör det möjligt att hänföra en viss vara under tillverkning till en speciell köpare även vid löpandebandtillverkning. Vid tillverkning av exempelvis bilar kan man tänka sig en utveckling där konsumenten väljer mellan en mängd alternativ och bilen blir skräddarsydd för just den konsumentens räkning. Separationsrätt borde i dessa fall tillerkännas konsumenten i det ögonblick bilen på något sätt går att särskilja. Det kan exempelvis röra sig om att ett tillverkningsnummer stansas in i chassiet.

I förarbetena till 49 § konstaterar utredningen som ovan sagts att det vid tillverkningsavtal räcker med att tillverkningen påbörjats för att separationsrätt skall tillkomma köparen. Om lagstiftaren vidare menar att separationsrätt även uppkommer till material som ännu ej bearbetats, kan man undra varför inte köparen kan ha separationsrätt i material som lagts upp för bearbetning även innan tillverkningen börjar. Varför skulle det spela någon roll om några plåtar fogats samman eller brädor spikats ihop. Det kan i många fall vara möjligt att urskilja den blivande båten redan av byggnadsämnena. Om lagstiftaren nu till varje pris vill skydda en förskottsbetalande köpare skulle man kunna hävda att specialitetskravet är uppfyllt redan här.

Enligt *engelsk rätt* så kan inte äganderätten till varor under tillverkning övergå förrän varan är i levererbart skick.⁶⁷ Varan anses vara i levererbart skick vid den tidpunkt då köparen hade varit bunden att ta emot varan i enlighet med kontraktet. Däremot kan avtal tecknas om successiv äganderättsövergång till köparen under sammansättningsgången. Engelska Högsta Domstolen har i ett rättsfall, som handlade om ett fartygsbygge

⁶⁷ Enligt Bill of Sales Act sec. 18 skall godset vara i "deliverable state", se Atiya, Adams, Macwueen s 316

slagit fast att köparen hade separationsrätt till skrovet men inte till råmaterial som ännu ej monterats.⁶⁸

I *norsk rätt* har köparen ansetts skyddad mot överlåtelseborgenärerna vid ett fartygs bygge. Separationsrätt förelåg även för visst byggmaterial som låg upplagt på varvet. Här hade parterna avtalat om att äganderätten skulle övergå på köparen.⁶⁹

Många av de frågor som uppkommer vid tillverkningsavtal har inte övervägts i förarbetena till 49 § KköpL och lagstiftaren har, medvetet eller omedvetet, lämnat över dessa till rättstillämpningen.

⁶⁸ Se Göransson s 190

⁶⁹ Göransson s 99

6 Avtalsprincipen - och köp i flera led

Det kan påpekas att vissa problem, som hör traditionsprincipen till, kommer att kvarstå även fortsättningsvis. Antag att en köpare köpt en bil som blivit individuellt bestämd i avtalet av en bilhandlare. Bilhandlaren i sin tur beställer bilen från en större grossist. Mellan bilhandlaren och kunden gäller här avtalet som sakrättsligt moment, men tradition gäller alltså i transaktionen mellan bilhandlaren och grossisten eftersom båda är näringsidkare.

Vid grossistens konkurs kan bilhandlaren inte ställa några krav på separationsrätt till bilen eftersom bilen inte traderats. Köparen har visserligen, genom avtalet, bättre rätt till bilen än bilhandlarens borgenärer men det hjälper honom inte gentemot grossistens borgenärer. Förlusten kommer dock i detta fall att drabba bilhandlaren. Köprättsligt, i förhållandet mellan bilhandlaren och köparen, är bilhandlaren tvungen att anskaffa en vara av samma slag. Om han inte har möjlighet till detta kan köparen häva köpet och återfå den förskottrade köpeskillingen.

Om det i stället är bilhandlaren som går i konkurs, drabbas köparen trots att avtalsprincipen nu anses gälla på området. Om bilen inte kommit i bilhandlarens besittning och något återtagandeförbehåll inte finns uppställt, eller om bilhandlaren inte erlagt full betalning, har inte grossisten någon skyldighet att leverera bilen. I vissa fall kan man fråga sig varför köparen inte också har separationsrätt i en fordran som bilhandlaren har hos grossisten i de fall där fordran är tydligt hänförlig till köpet och därmed utan problem kan särskiljas från bilhandlarens övriga förmögenhet. Att tillerkänna köparen separationsrätt i en sådan fordran skulle ytterligare skydda honom från förluster av förskottrade pengar.

Situationen kan jämföras med förhållandet att en kommissionär går i konkurs och denne har en fordran hos en kommittent som hänför sig till ett köp av tredje man. I enlighet med KommissionsL 53 § 1st förblir gods, som lämnats till kommissionären för försäljning, i kommittentens ägo till dess att äganderätten övergår till tredje man. Av detta följer att godset aldrig kan tas i anspråk av kommissionärens borgenärer. Godset passerar kommissionären och anses inte ingå i dennes förmögenhet. Av detta stadgande tycks följa att tredje man i detta fall har separationsrätt även i en täckningsfordran.

Dock stadgas det emellertid i 56 § 2 st. att tredje man inte mot kommissionären eller dennes borgenärer kan grunda någon rätt därpå att kommissionären av kommittenten har att fordra eller fått gods eller pengar till fullgörande av avtalet. Dessa regler kan vid en första anblick tyckas stå i strid med varandra. I motivuttalanden har dock lagstiftaren gjort klart att tredje man inte tillerkänns någon rätt att få kommissionärens fordran hos kommittenten på täckning av kommissionärens förpliktelse överlåten på sig.⁷⁰ I stället äger konkursboet indriva täckningsfordringen och tredje man får nöja sig med en oprioriterad utdelning i konkursen. Detta motivuttalande har i doktrinen tolkats som att tredje man endast skall tillerkännas separationsrätt till individuellt bestämt gods och inte till gods av viss art och mängd.

Av intresse här är att vissa författare i princip godkänner separationsrätt för tredje man även där anspråket gäller generiskt gods eller täckningsfordringar hos kommittenten, trots motivuttalandena till 56 § 2 st. Dessa författare använder sig här av ändamålsargument som mycket väl kan användas då man argumenterar för att tillerkänna en köpare separationsrätt till en täckningsfordran även vid konsumentköp.⁷¹

⁷⁰ Håstad s 235

⁷¹ Hult betonar att ändamålet ned kommissionärens rätt till täckning från kommittenten för sina förpliktelser mot tredje man är att täckningen skall gå vidare till tredje man. Se Hult s. 28 ff. Lindskog menar att tredje man har separationsrätt till kommissionsgods hos kommissionären, vilket är identifierbart i förhållande till kommissionärens förmögenhet och alltid till täckningsfordringar hos kommittenten. Se Lindskog i JT 1989-90 s 207 ff.

7. Avtalsprincipen - och möjligheten till finansiering genom säkerhetsköp

7.1 Inledning

Den som ger kredit vill oftast att kredittagaren ställer säkerhet. Detta i syfte att kreditgivaren inte skall komma till skada vid kredittagarens obestånd. Det kan i vissa fall finnas ett intresse hos kredittagaren att utnyttja egendom som i annat fall inte kan utnyttjas som säkerhet. Detta skulle kunna bli fallet efter ändringarna i reglerna om företagsinteckning,⁷² som medför att belåningsvärdet minskar.

Genom registrering av ett lösöreköp i enlighet med LkL kan man åstadkomma ett så kallat säkerhetsköp. Genom att föremålet/säkerheten individualiseras i en skriftlig handling anses köparen/kreditgivaren ha försteg gentemot säljarens/kredittagarens övriga borgenärer.

Frågan infinner sig nu om man på samma sätt genom ett enkelt överlåtelseavtal där varan förblir i säljarens vård och där en klausul i överlåtelseavtalet ger säljaren rätt att återköpa varan, kan åstadkomma ett liknande kreditavtal. Det skulle röra sig om en form av handpant med varan som säkerhet men utan de krav på tradition, som finns i enlighet med reglerna om handpant. Panträtten ger panthavaren en befogenhet att, om pantsättaren inte behörigen fullgör sin prestation, tillgodogöra sig prestationens värde ur det pantsatta godset med förmånsrätt. När det gäller pantsättning av lösöre är huvudregeln enligt svensk rätt att denna kräver tradition, detta enligt HB 10:1. Förmånsrätten i handpanträtt stadgas i förmånsrättslagen⁷³.

Även om det inte kommer till klart uttryck att sådana säkerhetsöverlåtelser inte godkänns i den nya 49 § KköpL så finns det sådana uttalanden i förarbetena.⁷⁴ Detta ligger också i definitionen av konsumentköp som sker mellan näringsidkare och konsument i just omsättningssyfte. Detta får till följd att vi i svensk rätt måste göra åtskillnad

⁷² Från och med 1 januari 2004 ändrades reglerna om företagsinteckning som nu omfattar all den sökandes egendom, både lös och fast. Som säkerhet har dock företagsinteckningen omvandlats till att gälla endast 55 procent av värdet av all gäldenärens egendom, mot tidigare 100 procent i den lösa egendomen.

⁷³ Förmånsrättslagen 4 § 2 p.

⁷⁴ Se SOU 1995:15 s 170

mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse. Något som lett till gränsdragningsproblem i de länder som tillämpar avtalsprincipen.

Problemet kan beskrivas med att en säkerhetsöverlåtelse utåt sett framstår som en överlåtelse av äganderätten, medan det mellan parterna finns ett avtal om att avtalet endast skall utgöra säkerhet för den fordran som förvärvaren har.

Den traditionella uppfattningen är att säkerhetsöverlåtelse utgör en rättsligt sett oönskad företeelse.⁷⁵ En säkerhetsöverlåtelse anses då ske i syfte att kringgå vad som krävs för att få till stånd en pantsättning som gäller mot pantsättarens borgenärer. Problemet här är att lagstiftaren sätter likhetstecken mellan säkerhetsöverlåtelse och pantsättning dvs. det skulle enligt denna uppfattning röra sig om ett och samma rättsinstitut. Det kan härvidlag konstateras att säkerhetsöverlåtelse och pantsättning i allt väsentligt tillmätts samma rättsverkningar. Säkerhetsöverlåtelse kan dock i vissa fall fylla en praktisk funktion där det är svårt att åstadkomma en fullbordad pantsättning. Detta gäller exempelvis i fråga om byggnad på annans mark, där det annars skulle vara omöjligt att pantsätta byggnaden och ändå kunna nyttja den.⁷⁶ Säkerhetsöverlåtelsen som företeelse har alltså i vissa fall accepterats. Någon praktisk anledning till att en säkerhetsöverlåtelse av lös egendom i relationen näringsidkare - konsument skulle accepteras torde dock inte finnas.

Problemen rättstillämpningen ställs inför är stora. Vid en första anblick kan problemen tyckas existera endast på det teoretiska planet, men det finns även risk för praktiska problem. Ett första problem är de bevisproblem som kan uppstå. Avtalsparterna, som är överens kommer här att göra allt för att avtalet skall framstå som en omsättningsöverlåtelse. Även i de fall bevisningen är klar återstår problemet att dra gränsen mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse eller med andra ord avgöra om parternas avtal skall hänföras till det ena eller andra begreppet.

⁷⁵ Se SOU 1995:11 s 170, Utredningen konstaterar att säkerhetsöverlåtelse inte bör understödjas av lagstiftaren.

⁷⁶ Walin menar skillnaden mellan säkerhetsköp och pantsättning ligger i förfoganderätten. Skillnaden består i att säljaren är legitimerad att sälja egendomen på nytt, medan köparen däremot kan vara legitimerad att sälja egendomen vidare, om säljaren ej återlöser den. Säljaren skulle därför inte kunna utnyttja eventuellt överhypotek, medan pantsättaren har sin vanliga rätt till att sekundärpansätta egendomen. Säkerhetsöverlåtelsen skulle härigenom innebära viss uppoffring för överlåtaren. Se Walin 1998 s 139. Martinson s 151

En kritisk läsare invänder naturligtvis att dessa problem trots allt inte kommer att bli så stora i konsumentförhållanden då det borde höra till ovanligheterna att en näringsidkare vänder sig till sina kunder för att få kredit. Jag är väl medveten om detta men enligt min mening kommer möjligheten till säkerhetsköp utnyttjas av den anledning att möjligheten existerar. Den kommer att utnyttjas särskilt i transaktioner mellan näringsidkaren och närstående till denne eller mellan exempelvis ett aktiebolag och dess ende ägare. Detta kan komma att ge upphov till särskilda bevisproblem.

7.2 Säkerhetsköpets ställning i svensk rätt

Främsta skälet till att upprätthålla ett krav på tradition för att erhålla en sakrättsligt skyddad panträtt är att det skall motverka skentransaktioner och efterhandskonstruktioner. Ett traditionskrav anses också utgöra en viss uppoffring för den som pantsätter saken.⁷⁷ I vissa fall krävs det mer i sakrättsligt hänseende för en pantsättning av egendom än vad som krävs för en överlåtelse av densamma. Detta gäller exempelvis byggnad på annans mark där avtalet anses tillräckligt för att förvärvaren skall erhålla sakrättsligt skydd vid överlåtelse trots att det vid pantsättning krävs tradition.⁷⁸

Det stränga traditionskravet har dock fått vika på en rad områden. När det gäller lösöre köp rådde det länge diskussioner kring huruvida LkL endast skulle avse omsättningsöverlåtelser eller om den även skulle gälla vid säkerhetsöverlåtelser. I ett rättsfall från 1912⁷⁹ klargjorde HD sin linje och LkL kom att omfatta även säkerhetsöverlåtelser. Detta kan te sig märkligt då avtalet, vid denna tiden, ansågs räcka för att en förvärvare skulle tillerkännas borgenärsskydd. I de fall det verkligen rörde sig om en överlåtelse i omsättningssyfte fanns det ingen anledning att registrera köpet. Bakgrunden var helt enkelt att man inte ville erkänna säkerhetsköpet som en kapitalanskaffningsform.⁸⁰

⁷⁷ Håstad s 286

⁷⁸ I NJA 1952 s 407 ansågs avtalet räcka för sakrättsligt skydd vid överlåtelse, trots att det visat sig att överlåtelserna utgjorde en förtäckt pantförskrivning. I NJA 1954 s 455 konstaterade HD att, det för pantsättning av byggnad på annans grund, krävs tradition.

⁷⁹ NJA 1912 s 156

⁸⁰ Göransson menar att detta förhållande återspeglar en bristande mognad i rättsligt och samhällsekonomiskt tänkande. Se Göransson s 337

Registrering av lösoreköp används idag mycket sällan och när det används är det främst vid säkerhetsöverlåtelser.⁸¹

Utvecklingen i Sverige kan jämföras med den i *dansk rätt* där man länge dragits med gränsdragningsproblem mellan säkerhetsköp och omsättningsköp. I Danmark har sedan länge avtalet ansetts tillräckligt när det gäller omsättningsköp. För att en pantsättning av lösöre skall godkännas krävs det dock att panten traderas.⁸² Till en början accepterades även säkerhetsköp, som då gick under benämningen ”möbellån” eftersom konstruktionen främst användes vid pantsättning av bohag, där pantsättaren kunde ha kvar och bruka det pantsatta godset.⁸³ Efter kritik från dåtidens doktrin, som ansåg att det rörde sig om kringgåenden av reglerna om tradition vid pantsättning började domstolarna dock underkänna dylika säkerhetsöverlåtelser.⁸⁴

Även i *nederländsk rätt* accepterades till en början säkerhetsöverlåtelse, men från 1950-talet inskränktes möjligheten av flera avgöranden i den nederländska högsta domstolen. I ett rättsfall från 1953⁸⁵ konstaterade domstolen att säkerhetsöverlåtelse endast kan godkännas där tredje mans intresse inte skadas och i senare rättsfall har domstolen menat att en säkerhetsöverlåtelse av en obestämd egendomsmassa får träda tillbaka för en rättighet som stiftats vid överlåtelse av bestämd sak.⁸⁶ I andra rättsfall har säkerhetsköparens rätt fått vika för andra förmånsrätter och det råder en osäkerhet om hur stark säkerhetsköparens rätt egentligen är. Säkerhetsöverlåtelserns ställning i nederländsk rätt måste ses mot bakgrund av de möjligheter som det finns att skaffa kreditsäkerhet i lös egendom i övrigt. I Nederländerna saknas det en motsvarighet till konstruktionen företagshypotek, där gäldenären kan behålla och utnyttja varor som kreditgivaren har säkerhet i.

⁸¹ Se SOU 1995:11 s 141, där det framgår att antalet köp med tillämpning av lösöresköpslagen uppgår till i genomsnitt 100 per år. Se även Göransson s 345, Håstad s 220

⁸² Ørgaard s 16. Det finns i dansk rätt precis som i svensk rätt även en möjlighet att registrera ett lösöresköp för att vinna sakrättsligt skydd.

⁸³ Ibid. s 75

⁸⁴ Konstruktionen prövades och underkändes senast i målen UfR 1991.476 och UfR 1992.245

⁸⁵ NJ 1954, 189, se Göransson s 140

⁸⁶ Göransson s 142

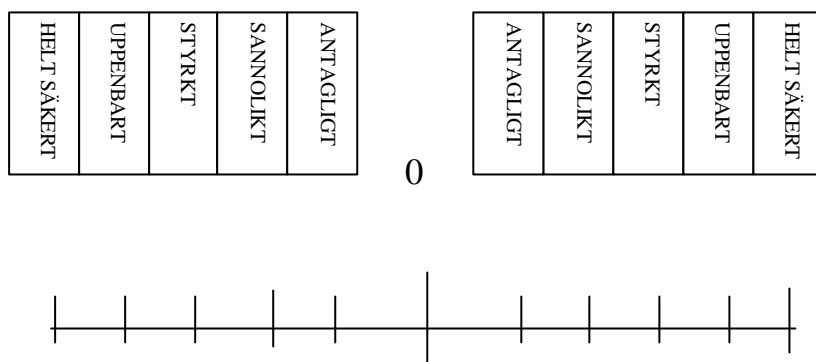
7.3 Bevisproblem vid gränsdragningen mellan om-sättning- och säkerhetsöverlåtelse

För att förstå utvecklingen de sakrättsliga momenten och följderna av dessa, måste man se till de processuella förutsättningarna. Införandet av lösöreköpslagen måste ses mot bakgrund av den tidens primitiva bevisregler vid exekution, där det vid ett registrerat lösöreköp, ankom på utmätningborgenären att styrka, dvs. prestera full bevisning om, att egendomen inte var överlåten.⁸⁷ Om det inte förelåg ett registrerat lösöreköp, ankom det på köparen att styrka att ett giltigt köp förelåg, genom att prestera exempelvis ett skriftligt kontrakt. Köparen hade således att prestera full bevisning om att äganderättsövergång skett. Lyckades köparen med detta och invände borgenärerna att köpet inte skett i om-sättningssyfte, var borgenärerna tvungna att prestera full bevisning för sitt påstående.

För att avgöra om tillräckliga bevis för att ett rättsfaktum, exempelvis att ett köpe-avtal, föreligger måste vi veta två saker. Dels hur stark bevisningen är, dels om denna är tillräcklig. Frågan om hur stark bevisningen är avgörs genom bevisvärdering och frågan om bevisningen är tillräcklig avgörs genom att se till de materiella rättsreglerna.⁸⁸ I de flesta civilrättsliga lagstadganden är dock inte bevisbördan klargjord. I vissa fall finns det vägledande prejudikat och i andra fall kan förarbeten ge ledning till hur bevisbördan skall bedömas. Bevisbördan kan hamna någonstans på skalan visad nedan. Det kan tilläggas att det inte rör sig om någon matematisk vetenskap där bevisbördan flyttas fram och tillbaka, men skalan kan ändå användas för att illustrera hur en domstol kan tänkas resonera då ett dylikt bevisproblem uppkommer.

⁸⁷ Göransson s 364

⁸⁸ Se Ekelöf IV s 55, exempel på en rättsregel där placeringen av bevisbördan framgår är 27 § 1 st KöpL; ”Köparen har rätt till ersättning för den skada han lider genom säljarens dröjsmål, *om inte säljaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför hans kontroll*”



Det tvistiga rättsfaktumet, som är föremål för bevisning i målet, placeras på skalans ena ände. Det kan till exempel röra sig om huruvida det föreligger ett säkerhetsköp. På skalans andra ände för vi in motsatsen, icke säkerhetsköp. Bevisvärdespunkten dvs. hur stark bevisning som parterna presterar, kan ligga var som helst på skalan och påverkas exempelvis av motpartens motbevisning.

Flera problem kan uppstå när det gäller bevisning, efter en övergång till avtalsprincipen vad avser konsumentköp. För det första skall det föreligga ett giltigt köpeavtal. I andra hand skall det röra sig om ett omsättningsköp. Ett säkerhetsköp anses inte gälla mot säljarens borgenärer och är ogiltigt.⁸⁹ Vid ett köpeavtal ligger bevisbördan på köparen, som skall styrka att det föreligger ett bindande avtal mellan honom och säljaren. Om köparen inte lyckas styrka detta har han inte ens en obligationsrättslig grund för att få ut varan. Beviskravet är här ställt högt även om det inte alltid krävs att skriftlig bevisning presenteras.⁹⁰

När det gäller frågan vem som har bevisbördan för att köpet skall räknas som ett omsättningsköp ligger bevisbördan även här på köparen, som har att visa att köpet inte utgör ett säkerhetsköp.⁹¹ Det borde här finnas ett krav på att han styrker sitt påstående. Detta är dock inte någon självklarhet. I Göransson's förslag till en övergång till avtalsprincipen⁹² åligger det borgenärerna att göra det sannolikt att det föreligger ett säkerhetsköp. Om nu köparen skall styrka att det föreligger ett omsättningsköp så uppkommer det vissa problem; ett vanligt standardkontrakt som används i t.ex.

⁸⁹ Se SOU 1995:15 s 148

⁹⁰ Se bl.a. NJA 1983 s 436. I målet saknades visserligen skriftligt köpavtal, men kvitto tillsammans med övriga omständigheter gjorde att köparen ansågs ha styrkt sitt förvärv.

⁹¹ SOU 1995:15 s 192

bilbranschen ger ingen större ledning när det gäller att avgöra om det rör sig om ett omsättningsköp eller ett säkerhetsköp. Det kan här vara svårt att se vilken ytterligare bekräftelse köparen kan skaffa sig för att styrka att det rör sig om ett omsättningsköp.

Man kan tänka sig att köparen skall visa att han har *behov* av saken som han köpt. De flesta har behov av en bil eller en dator, men det kanske är svårare att peka på ett behov om man köpt entavla.

Orsaken till att varan inte har kunnat avhämtas från säljaren kan också ha betydelse vid bedömningen. Kan köparen visa att bilen inte tagits med från verkstaden för att han beställt nya däck, som ännu inte levererats och som säljaren skall montera tyder detta på ett omsättningsköp. Om bilen stått kvar hos säljaren i felfritt skick och om köpekontraktet inte nämner datum för avhämtande kan det vara svårare att bevisa omsättningsköp.

Även andra omständigheter kan peka på att förvärvet utgör ett säkerhetsköp. Om säljaren har en *rätt att lösa* varan, pekar med all tydlighet (se dock nedan 6.4.2.1) på att ett säkerhetsköp föreligger. Om köpeskillingen och varans marknadsvärde inte står i paritet till varandra är detta också misstänkt, särskilt om köpeskillingen är avsevärt lägre än marknadspriset.

Om köparen nu kan antas ha styrkt att det inte föreligger ett säkerhetsköp så kan motparten prestera motbevisning som gör att styrkan av den av köparen förelagda bevisningen måste sättas lägre än styrkt. Köparen måste då prestera ytterligare bevisning för att han skall anses ha styrkt rättsfaktumet icke-säkerhetsköp.

Ett bilköp fungerar bra som exempel på hur det kan se ut. En bilköpare har köpt en bil och betalat den i förskott. Bilen står kvar hos säljaren då denne gått i konkurs. Köparen hävdar separationsrätt till bilen. För att kunna hävda separationsrätt krävs det att han *styrker* att en överlåtelse skett samt att det inte rör sig om en säkerhetsöverlåtelse. För att styrka att en överlåtelse skett uppvisar han en köpehandling och ett kvitto för erlagd betalning. Om ingen motbevisning presteras av konkursborgenärerna får köparen anses ha styrkt att ett köp har ägt rum. För att styrka att det inte rör sig om ett säkerhetsköp visar köparen på att han har ett behov av en bil, vilket oftast är lätt. Konkursborgenärerna även här prestera motbevisning, exempelvis genom att visa att köparen saknar körkort.

⁹² Göransson s 668

Först när köparen har styrkt både att det föreligger en överlåtelse samt att det inte rör sig om ett säkerhetsköp är han skyddad mot säljarens borgenärer.

Problemet med gällande ordning är att riskfördelningen väger över till konkurs-borgenärernas fördel. Köparen måste nå upp till en hög bevisnivå utan att borgenärerna behöver göra något för att ens antyda att det skulle röra sig om ett säkerhetsköp. Det borde i de alla flesta fall vara svårt för köparen att bevismässigt komma längre än till giltigt avtal.⁹³

Angående rättsutvecklingen i Danmark så började domstolarna här leta efter objektiva kännetecken hos köpeavtalen, såsom hyra, lån eller återköpsrätt.⁹⁴ Förekomsten av sådana inslag i avtalen ansågs utgöra en presumtion för att säkerhetsköp förelåg. Parterna anpassade sig dock snart efter domstolarnas bedömningar och slutade avtala om återköpsrätt. Domstolarna lade i stället vikten vid andra kriterier och i praxis växte särskilt tre olika moment fram, som kom att användas vid gränsdragning mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsöverlåtelser.⁹⁵

- Vilken är egendomens art i förhållande till köparens behov?
- Kvarstannar saken hos säljaren under varaktig tid?
- Vid vilken tidpunkt ingås avtalet?

Vidare ser de danska domstolarna till om det föreligger eller uppkommer något skuld-förhållande mellan parterna, då detta pekar på att det föreligger en säkerhetsöverlåtelse. Även säljarens fortsatta brukande tyder på att varan finns kvar hos säljaren i dennes intresse, vilket pekar på att det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse.

Processuellt så söker man i Danmark skilja normala dispositioner från onormala med hjälp av bevisbörderegler. Det finns en presumtion för att svek föreligger i de fall där förskottsbetalning skett, men där saken finns kvar hos säljaren.⁹⁶ Presumtionen går dock att bryta i de fall parterna kan komma med rimliga förklaringar till dispositionen. Så skedde exempelvis i UfR 1950.586 där en hushållerska i samband med utmätning av

⁹³ Göransson s 680

⁹⁴ Se bl.a UfR 1896.1163 och UfR 1912.923

⁹⁵ Kruse s. 1214ff

⁹⁶ Højrup s 85

möbler hos sin arbetsgivare betalade 800 kr till en av arbetsgivarens borgenärer samtidigt som arbetsgivaren överlät möblerna till hushållerskan. Efter drygt åtta månader sökte en ny borgenär utmätning i möblemangen, som hela tiden kvarblivit i arbetsgivarens ägo, under invändning att överlåtelsen endast syftat till att säkra hushållerskans utlägg i samband med utmätningen. Domstolen fäste i domen tilltro till parternas påstående om att möblerna kvarblivit i arbetsgivarens lägenhet pga. hushållerskans önskan att lägenheten skulle förbli sig lik så länge hon var anställd där och att hon skulle ta med sig möblerna vid anställningens upphörande.⁹⁷

En skillnad mellan dansk och svensk rätt ligger också i kravet på bevisningens styrka. Som tidigare redogjorts för är det normala beviskravet i Sverige, *styrkt* medan det i Danmark räcker med det mindre rigida, *antagliggjort*.⁹⁸ Som ovan nämnts utgör dessa beviskrav dock inte några exakta begrepp och det är därför svårt att uttala sig om skillnaden i praktiken.

7.4 Klassificeringsproblemet

7.4.1 Inledning

I förarbetena till 49 § KköpL konstaterar utredningen att säkerhetsköp är en rättsligt sett oönskad företeelse (se ovan avs. 6.4). Risker med ett sådant uttalande är att begreppen i sig blir trubbiga. Det behöver inte alltid vara så enkelt att ett avtal alltid utan problem kan hänföras till antingen överlåtelseavtal eller säkerhetsavtal. Det är alltid möjligt att tänka sig avtal med komponenter som är karaktäristiska för säkerhetsavtal men som också innehåller komponenter som liknar överlåtelseavtal. Vilka komponenter är då typiska för säkerhetsavtalet respektive överlåtelseavtalet? Några av komponenterna har tagits upp ovan där bevisproblematiken diskuterats.

⁹⁷ Se även UfR 1906.474 och UfR 1935.560

⁹⁸ Se Gomard, *Civilprocessen*, s 417ff. Det skall dock tilläggas att den så kallade överviktsprincipen är tillämplig i dansk rätt. Överviktsprincipen medför att minsta möjliga övervikt kan vara utslagsgivande. För svenskt vidkommande har överviktsprincipen kritiserats av Ekelöf.

7.4.2 Säkerhetsavtalets karaktäristika

7.4.2.1 Säljarens/kredittagarens lösningsrätt

Den första komponenten som pekar på att ett avtal ska behandlas som ett säkerhetsavtal är om säljaren/kredittagaren har en *lösningsrätt*. Lösningsrätten innebär att säljaren genom att betala sin skuld löser egendomen. Syftet med lösningsrätten är att skydda ett värde för säljaren. Det kan röra sig om bruksvärde eller bytesvärde. Exempelvis kan man tänka sig fall där säljaren säkerhetsöverlåtit en tavla till ett värde av 100 tkr. Om tavlan ökar i värde kan det finnas ett intresse från säljarens sida att lösa egendomen genom att betala sin skuld. Om parternas avtal inte ger säljaren en rätt att lösa egendomen pekar detta på att säljaren givit upp en av sina befogenheter och avtalet kan karaktäriseras som ett överlåtelseavtal. Lösningsrätten ensamt är dock inte ett tillräckligt för att ett säkerhetsavtal skall anses föreligga (se nedan avs. 6.4.3).⁹⁹

7.4.2.2 Köparens/kreditgivarens redovisningsplikt

Av 37 § AvtL följer att ett förbehåll, om att en säkerhet skall vara förverkad om skulden inte betalas, är utan verkan. Detta brukar uttryckas som att kreditgivaren har en *redovisningsplikt*. Om kreditgivaren låter realisera egendomen p g a att betalning uteblir är han skyldig att redovisa överhypoteket efter det att hans fordran är täckt.¹⁰⁰ Att det föreligger en redovisningsskyldighet pekar på att det är ett säkerhetsavtal vi har för handen. Ensam betyder det dock inte att det nödvändigtvis att det rör sig om ett avtal om säkerhet.

7.4.2.3 Andra komponenter

Andra komponenter som kan spela vid gränsdragningen mellan ett avtal om säkerhet och ett avtal om överlåtelse är *lösningsskyldighet* och *risk*. Lösningsskyldigheten förutsätter att säljaren/kredittagaren är betalningsskyldig. I de fall där säljaren/kredittagaren inte är betalningsskyldig är han inte heller lösningsskyldig. Det kan dock finnas fall där sälja-

⁹⁹ Se Martinson s 136

¹⁰⁰ För att redovisningsplikten skall ha någon effekt mellan parterna krävs det också att kreditgivaren har en vårdplikt. Vårdplikten innebär här att kreditgivaren vid en realisation inte kan sälja egendomen till underpris, vilket går ut över överhypoteket. Det krävs även någon form av realisationsplikt. Se Martinson s 142

ren/kredittagaren är betalningsskyldig utan att vara lösningsskyldig. Tanken kan då vara att köparen alltid skall realisera eller behålla egendomen. Lösningsskyldigheten kan sägas vara en central i ett säkerhetsavtal.

Risken för att den överlåtna egendomen skadas eller minskar i värde kan enligt avtalet falla på någon av parterna eller delas mellan dem. I de fall säljaren står risken är han också betalningsskyldig. Det är typiskt för ett säkerhetsavtal att kredittagaren står risken för egendomen. Som vi kommer se nedan räcker det dock inte med att parterna avtalat om lösningsskyldighet och risk för att avtalet skall kunna karaktäriseras som ett säkerhetsavtal.

7.4.3 Slutsats

Som antytts (ovan avs. 6.4.2.1) betyder förekomsten av lösningsrätt eller redovisningsskyldighet inte ensamt till att avtalet kan beskrivas som ett säkerhetsavtal. I de flesta fall leder en lösningsrätt till en tvingande redovisningsplikt i enlighet med 37 § AvtL. I vissa fall kan det dock tänkas att en tvingande redovisningsplikt inte uppstår. Ett exempel på ett sådant fall är där säljaren inte tänkt avveckla förhållandet genom att lösa egendomen utan endast förbehållit sig rätten att lösa egendomen om egendomens värde skulle öka. Säljarens intresse av att tillgodogöra sig detta ökade värde är inte ett intresse som skyddas enligt 37 § AvtL och någon redovisningsskyldighet uppstår inte.¹⁰¹ Det borde ligga närmare till hands att använda termen omsättningsöverlåtelse för att beskriva denna konstruktion. Lösningsrätten i sig kan alltså inte användas som tillräckligt kriterium för att avgöra om ett avtal är att karaktärisera som ett avtal om säkerhet.

När det gäller redovisningsskyldigheten kan man tänka sig fall där köparen/kreditgivaren åtagit sig en redovisningsplikt men i övrigt övertagit i stort sett alla andra befogenheter. En avsaknad av vårdplikt skulle innebära att köparen kan sälja egendomen vidare till ett underpris som motsvarar fordran, vilket leder till att det inte blir något överhypotek. Även en avsaknad av någon form av realisationsplikt borde göra stadgandet om redovisningsskyldighet tämligen ihålligt. Denna konstruktion har visserligen effekt mellan parterna men en fordran på redovisning skyddas inte av reglerna i Lag

¹⁰¹ Detta är också slutsatsen i NJA 1952 s 256. Jmf Martinson s 138

(1944:181) om redovisningsmedel.¹⁰² I dessa fall ligger det närmare till hands att karaktärisera avtalet som överlåtelse.

När köparens/kreditgivarens redovisningsskyldigheten kombineras med en lösningsrätt för säljaren/kredittagaren uppstår ett fullständigt skydd för säljaren. Köparen kan inte låta omsätta egendomen på nytt för att själv tillgodogöra sig ett eventuellt överhypotek. Säljaren kan få tillbaka egendomen genom att lösa den om egendomen skulle öka i värde. Här kan avtalet karaktäriseras som säkerhet.

I de fall där man avtalat om lösningsskyldighet och risk men inte om lösningsrätt och redovisningsskyldighet kan avtalet beskrivas som ett köp med ångerrätt för köparen.¹⁰³ I de fall där lösningsskyldigheten och risken kombineras med antingen en redovisningsskyldighet eller med lösningsrätt kan avtalet benämnas säkerhet.¹⁰⁴

Denna beskrivning av situationen är inte fullständig och det kan tänkas att andra frågor spelar in när en domstol står inför problemet att kategorisera ett avtal. Jag tycker dock beskrivningen är viktig eftersom den pekar på komplexiteten i att avgöra om ett avtal utgör ett överlåtelseavtal eller ett avtal om säkerhet. Det kan dessutom antas att båda parterna i de flesta fall kommer att göra allt för att finna en konstruktion som utåt sett liknar ett överlåtelseavtal. I dessa fall finns det alltid en risk att en domstol som ställs inför ett dylikt problem väljer att göra en genomlysning och istället se till parternas bakomliggande syften med avtalet.

De kan ifrågasättas om kategoriseringar har ett värde. Jag anser att de har det. De underlättar kommunikationen och möjligheterna till lösningar i dessa specifika fall.¹⁰⁵ Jag anser dock att man skall ha en något försiktig hållning till dem och ta dem för vad de är; dvs. blott kategoriseringar.

¹⁰² Martinson s 142. Genom avtalet saknar en möjlighet till lösningsrätt finns det inte någon möjlighet att egendomen återgår till säljaren/kredittagaren. Realisationen av egendomen kan då inte sägas ha gjorts i kredittagarens intresse. Martinson jämför förhållandena med kommission där returrätt och returrisk anses vara centrala rekvisit för att ett skydd enligt redovisningsmedelslagen skall uppkomma.

¹⁰³ Martinson s 143

¹⁰⁴ Martinson väljer att benämna kombinationen redovisningsskyldighet med lösningsskyldighet och risk för "öakta säkerhet". Anledningen är att termen säkerhetsöverlåtelse är nära sammankopplad med lösningsrätten.

¹⁰⁵ Martinson s 150

8 Återvinning

8.1 Inledning

Återvinningsreglerna möjliggör för en konkursförvaltare att få en återgång av rättshandlingar som företagits en viss tid före konkurs och som varit till skada för dem. Man kan se kravet på sakrättsligt moment som den första barriären en förvärvare måste passera för att få skydd mot överlåtarens borgenärer. Reglerna om återvinning utgör den andra barriären. Vid en övergång till avtalprincipen aktualiseras problem som hänför sig till tillämpningen av återvinningsreglerna. Det rör sig i första hand om tidpunkten för beräkningen av återvinningsfristen och huruvida en individualisering som gynnar en viss köpare kan återvinnas.

Förutom de civilrättsliga reglerna om återvinning finns också straffrättsliga stadganden i 11 kap BrB. Störst intresse är här mannamån mot borgenärer i 11:4 BrB.¹⁰⁶ Det kan också påpekas att civilrättslig ogiltighet kan drabba ett ingånget avtal. Det rör sig främst om ogiltighet enligt § 33 AvtL d v s avtalet strider mot tro och heder. I detta fall krävs det dock ond tro för att ogiltighet skall kunna åberopas.

Reglerna om återvinning påverkas på flera sätt av en övergång till avtalsprincipen. Också här begränsas problemen av att övergången endast avser konsumentförhållanden och även här kan man skönja att lagstiftaren i viss mån är medveten om problematiken, men överlåter till rättstillämpningen att lösa dem.

8.2 Syftet med återvinning

Syftet med konkursinstitutet är att skapa likabehandling av borgenärerna.¹⁰⁷ Grundtanken är att, när gäldenärens tillgångar inte räcker till att betala alla hans borgenärer skall de tillgångar som finns fördelas lika mellan borgenärerna, enligt vissa bestämda regler. Härigenom förhindras en dragkamp mellan borgenärerna om gäldenärens tillgångar.

¹⁰⁶ 11:4 aktualiseras då någon, då han är på obestånd gynnar viss borgenär genom att betala skuld som inte är förfallen, betalar med osedvanliga betalningsmedel eller överlämnar säkerhet som ej var betingad eller genom att vidta annan åtgärd förutsatt att åtgärden medför påtaglig fara för att andra borgenärs rätt förringas avsevärt.

¹⁰⁷ Lennander s 16

Syftet med återvinningsreglerna är dels preventivt, dels reparativt. Reglerna om återvinning skall hindra gäldenären från att vidta åtgärder som är skadar borgenärerna och om sådana åtgärder ägt rum, åstadkomma rättelse.

När det gäller det preventiva syftet är kunskap om reglerna av största vikt, då vetenskapen om att en rättshandling kommer att återvinnas kan antas styra konkursgäldenärernas handlande. Återvinningsinstitutets syfte är inte bara att påverka gäldenärens handlande, utan i viss mån också konkursborgenärernas handlande. Genom att en rättshandling som företas inför en stundande konkurs riskerar att återvinnas hindrar detta borgenärerna från att utöva påtryckningar gentemot gäldenären.

8.3 Beräkningen av återvinningsfristen

Återvinningen riktar sig mot rättshandlingar som företagits en viss tid före gäldenärens konkurs. Återvinningsfristen dvs. den tid under vilken en rättshandling kan återvinnas, fastställs med utgångspunkt i den så kallade fristdagen. Enligt 4:2 KL är fristdagen som huvudregel den dag då konkursansökan inkommer till rätten. Den grundläggande återvinningsfristen är, när det gäller betalning och andra borgenärsgynnande transaktioner, tre månader före fristdagen. När det gäller närstående är tidsfristen 2 år.

För att avgöra om en transaktion företagits inom återvinningsfristen måste man veta när den ägt rum. För att återvinning överhuvudtaget skall komma ifråga krävs det att förvärvaren har vunnit sakrättsligt skydd. Har något sakrättsligt skydd inte uppkommit aktualiseras aldrig reglerna om återvinning. En konsekvens av detta är att återvinningsfristen inte börjar löpa förrän borgenärsskyddet uppkommit. Enligt den tidigare ordningen ansågs återvinningsfristen börja löpa när förvärvaren fick varan i sin besittning. När avtalet blir avgörande för det sakrättsliga skyddet börjar fristen istället löpa vid avtals slutet. Problemet blir här att återvinningsfristen knyts till ett moment som är svårare för borgenärerna att överblicka än vad fallet hade varit om återvinningsfristen knöts till traditionen av varan.

Frågan diskuteras i förarbetena till 49 §. I SOU 1995:11 s 158¹⁰⁸ diskuterades möjligheten att införa en särskild bestämmelse i konkurslagen som går ut på att köpet i

¹⁰⁸ SOU 1995:11 s 158. Utredningen jämför den överlåtelse av fast egendom där förvärvaren är skyddad mot säljarens borgenärer i och med avtalet, men återvinningsfristerna börjar löpa först då lagfart sökts.

återvinningshänseende inte skall anses fullbordat förrän varan har traderats. Man pekar här särskilt på att det oftast finns större förutsättningar för berörda borgenärer att få kännedom om en överlåtelse efter besittningsövergång och därmed bevaka sin rätt. Förslaget fullföljdes dock inte i den efterföljande propositionen, Prop. 2001/02:134 s 78, där det konstaterades att det inte fanns behov av en sådan regel. Anledningen var att man ansåg att det, vid de masstransaktioner som konsumentköp utgör, inte finns större möjligheter för säljarens borgenärer att uppmärksamma att en besittningsövergång skett än att ett köpeavtal ingåtts.

Kritik kan riktas mot detta ställningsstagande. De transaktioner som har störst betydelse för borgenärerna och där återvinning kan tänkas aktualiseras är oftast transaktioner där varorna är av betydande värde. Det kan exempelvis röra sig om bilar eller fritidsbåtar. Det är just vid dessa transaktioner som publicitetsargumentet har någon betydelse. Ett mindre båtvarv kanske endast producerar ett fåtal exklusiva fritidsbåtar. För varvets borgenärer har varje sådan båt stor betydelse och genom att knyta beräkningen av återvinningsfristen till köpeavtalet riskerar dessa borgenärer förlora sin möjlighet att hävda återvinning.

8.4 De materiella återvinningsreglerna 4:5 och 4:10 KL

De regler som blir aktuella när en gäldenär avhänt sig egendom inom återvinningsfristen är dels den subjektiva eller allmänna återvinningsregeln i 4:5 KL, dels den objektiva återvinningsregeln i 4:10 KL. I 4:5 KL finns fyra rekvisit som måste vara uppfyllda för att en rättshandling skall kunna återvinnas. En viss borgenär kan ha *gynnats framför andra*, eller gäldenärens egendom kan ha *undandragits* borgenärerna. Också i de fall gäldenärens *skulder ökats* kan återvinning på denna grund bli aktuell. Dessa handlingar skall ha skett på ett *otillbörligt* sätt. Slutligen skall medkontrahenten ha *känt eller bort känna* till insolvensen och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. Den subjektiva

återvinningsregeln i 4:5 KL är tillämplig på alla slags rättshandlingar men kompletteras av andra återvinningsregler, som riktar sig mot olika speciella rättshandlingar.¹⁰⁹

Den objektiva återvinningsregeln i 4:10 KL tar sikte på återvinning av betalning om en sådan betalning har skett tre månader före fristdagen.¹¹⁰ För att 4:10 KL skall aktualiseras måste flera rekvisit vara uppfyllda. Det skall vara fråga om en *betalning* av en skuld. Betalningen skall ha skett med *ovanliga betalningsmedel*, eller i *förtid*. Det kan också röra sig om betalningar som *avsevärt försämrat* gäldenärens ekonomiska ställning.

8.5 Slutsats

Frågan är om en leverans av en vara, för vilken en köpare har betalat i förskott, kan återvinnas med stöd av någon av återvinningsreglerna. Ett problem som kan aktualiseras i och med 49 § KköpL skulle kunna vara att en bilförsäljare säljer fyra nya bilar till köpare som betalat i förskott, men inte ännu fått anspråk på bestämda bilar. Antag vidare att säljaren individualiserar tre bilar för tre av köparna. Frågan är om individualiseringen kan återvinnas på yrkande av den fjärde bilköparen.

Det är fråga om ett otillbörligt gynnande av de tre köparna på den fjärde köparens bekostnad men den subjektiva återvinningsregeln i 4:5 KL kan sällan tillämpas då den förutsätter att köparna är i ond tro om säljarens insolvens. Ofta är en köpare i god tro om säljarens insolvens med följd att en i och för sig otillbörlig rättshandling inte kan återvinnas.

Kan då individualiseringen av bilarna ses som en betalning i enlighet med 4:10 KL och återvinnas på denna grund? I NJA 1950 s.417 har HD fastslagit att en varuleverans inte kan ses som en betalning av en gäld. Motiveringen kommer av dels en språklig tolkning av ordet ”gäld”, dels en uppfattning om att återvinningsregler bör tolkas

¹⁰⁹ Återvinning av gåva eller andra benefika avtal regleras i 4:6 KL och återvinning av bodelning i 4:7 KL. Vidare gäller 4:8 KL lön, arvode eller pension, och 4:9 KL överföring till pension- eller personalstiftelse. Återvinning av betalning av vanliga skulder regleras i 4:10 KL. I 4:11 KL återfinns reglerna för växel och check, i 4:12 KL för säkerhet lämnad av gäldenären och i 4:13 KL återvinning av förmånsrätt på grund av utmätning eller betalningssäkring.

¹¹⁰ Lennander s 190 Håstad s 271

restriktivt.¹¹¹ Kommissionslagskommittén har i SOU 1988:63 föreslagit att 4:10 KL även skall tillämpas vid annan fullgörelse, men förslaget har inte lett till någon lagstiftning.¹¹²

Problematiken existerade även före införandet av 49 § KköpL, men det krävdes då att varan traderats för att reglerna om återvinning skulle aktualiseras. Problemen har nu förvärrats genom att en säljare, utan medverkan av köparen, kan välja och individualisera en vara utan att därigenom bli bunden gentemot köparen. Det publicitetsmomentet som i viss mån existerade före övergången till avtalsprincipen har nu försvunnit och varken 4:5 eller 4:10 KL kan tillämpas. För att återknyta till syftet bakom återvinningsinstitutet som är att skapa en likabehandling av borgenärerna kan man konstatera att detta syfte är i fara genom den nya regleringen.

¹¹¹ Lennander s 205

¹¹² Håstad menar att 4:10 KL redan idag kan tillämpas analogt på andra fullgörelser än i pengar. Som stöd hänvisar han till NJA 1988 s 149 där två parter ömsesidigt levererade varor och räknade av leveranserna i en kontokurant. Här ansågs en leverans från den som hade skuld till den andra parten som en betalning och föll under 4:10 KL. Gregow menar dock i SOU 1995:11 s 175 att NJA 1988 s 149 inte innebär någon ändring av den bedömning som gjordes i NJA 1950 s 417. Se Håstad s 272, Lennander s 205

9 Avslutande kommentarer

Det som talar mest mot att tillämpa avtalsprincipen som sådan är den ökade risken för borgenärsbedrägerier. Som framgår av erfarenheter med vad som kan antas vara jämförbara rättsordningar kan risken för att borgenärsbedrägerier uppstår dock motverkas genom regler kring bevisbördans placering. Genom att placera bevisbördan på köparen som hävdar separationsrätt försvårar detta att påstådda köpare separerar egendom från ett konkursbo eller vid utmätning. Även återvinningsreglerna i KL verkar i syfte att skydda borgenärerna från att lida skada av otillbörliga förfaranden från gäldenärens sida. Ett annat argument mot en tillämpning av avtalsprincipen är också att processekonomiska kostnaderna riskerar att öka på grund av att det kommer att krävas mer utredning vid konkurs- eller utmätningförfaranden. Vid en tillämpning av traditionsprincipen behöver inte separationsyrkanden prövas i de fall tradition eller registrering enligt LkL inte skett.

Man kan dock inte bortse från att traditionsprincipen medför en materiell orättvisa i de fall en köpare förskottsbetalar en vara. Köparen förlorar här både varan och köpeskillingen medan borgenärerna tillgodoser sig båda. Detta uppfattas av de allra flesta som orättvist. Det har också varit de rättssociologiska argumenten som har fått väga tyngst under utredningen som föregick lagändringen. Av utländsk rätt och då speciellt dansk rätt kan vi också dra slutsatsen att avtalsprincipen fungerar någorlunda smärtfritt i praktiken. Värde av att ha ett alltigenom systematiskt sakrättsligt system kan väger inte heller särskilt tungt då sakrätten redan idag ter sig osystematisk. Det vore också märkligt om man i denna situation upprätthöll en systematik på bekostnad av materiell rättvisa. Min slutsats är att avtalsprincipen som sådan inte är av ondo utan att den kan fungera alldeles utmärkt i praktiken.

De problem som jag under uppsatsen pekat på kan vi dock inte bortse från. Det finns tungt vägande skäl till att man i dansk rätt inte tillåter vilken märkning som helst för att en individualisering skall stå sig mot borgenärerna. Om vilken individualisering som helst accepteras blir det alltför enkelt att omvandla en fordran till ett anspråk på bestämd sak, eller att undandra egendom från borgenärerna för påstådda köpars räkning. Risken för borgenärsbedrägerier motverkas genom höga krav på individualiseringen och samtidigt skyddas just de fall där köparen har ett genuint intresse av en viss sak, och inte

endast ett fordringsanspråk. Man kan dock tänka sig en utveckling där, om det uppstår problem, domstolarna löser dessa genom att helt enkelt uppställa kriterier för hur en individualisering skall gå till, efter dansk modell.

När det gäller gränsdragningen mellan säkerhetsköp och omsättningsköp tror jag att det är fullt möjligt för domstolarna att finna en avvägning mellan å ena sidan köparens intresse av att kunna separera en sak som han faktiskt betalat för och å andra sidan borgenärens intresse av att inte egendom undandras från konkursboet. Också här vi snekla på danska och andra utländska domstolars behandling av dylika fall. En svensk domstol bör enligt min mening anta ett fritt förhållningssätt till dessa konflikter, vilket är fullt möjligt med principen om fri bevisvärdering.

Vad gäller återvinning ligger problemet i att vissa uppenbarligen borgenärssvikliga transaktioner inte kan återvinnas pga. reglernas utformning. Ifråga om återvinningsfristens beräkning hade det varit bättre att välja tidpunkten för tradition som utgångspunkt, vilket i alla fall hade gett borgenärerna en chans att agera och inte försitta chansen att hävda återvinning.

Alla dessa problem som jag har pekat på begränsas av att det endast rör sig om köp i konsumentförhållanden där transaktionerna i de allra flesta fall är okomplicerade och utrymmet för borgenärssvikliga förfoganden är begränsat. Vi kan dock tänka oss en utveckling i framtiden där avtalsprincipen också kommer att omfatta kommersiella köp. De lärdomar som kan dras av tillämpningen av reglerna kring konsumentköp kan då användas vid utformningen av en reform som innebär en fullständig övergång till avtalsprincipen.

Litteraturförteckning

Almén, Tore, *Köp och byte av lös egendom*, 2 Upplagan, Stockholm 1917

Atiyah, Adams, Macqueen, *The Sale of Goods*, 10th Edition, Harlow 2001

Ekelöf, Per-Olof, *Rättegång IV*, 6. Upplagan, Göteborg 1995

Gomard, Bernard, *Civilprocessen*, 4. Upplagan, Köpenhamn 1994

Goode, R M, *Legal problems of credit and security*, 2 Upplagan, London 1988

Göransson, Ulf, *Traditionsprincipen*, Uppsala 1985

Hellander, Bo, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, Stockholm 1984

Hellner, Jan, *Köprätt*, 4. Upplagan, Stockholm 1974

Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund 2002

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6. Upplagan, Stockholm 1996

Højrup, Hans Verner, *Ejendomsret*, 1976

Kruse, Fr. Vinding, *Ejendomsretten*, 3. Upplagan, Köpenhamn 1951

Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 2. Upplagan, Stockholm 1994

Lindskog, Stefan, *Om sakrättsligt misstroende*, JT 1991-92 s.275-285

Martinson, Claes, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, Göteborg 2002

Myrdal, Staffan, *Borgenärsskyddet*, Uppsala 2002

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt*, Stockholm 1995

Ramberg, Jan, *Köplagen*, Stockholm 1995

Rohde Knut, *Handbok i sakrätt*, Lund 1985 (Cit: Rohde 1985)

Rohde Knut, *Obligationsrätt*, Lund 1984 (Cit: Rohde 1984)

Tiberg, Hugo, *Lösöreköp och köp av lösöre, om sakrättsligt moment vid omsättningsöverlåtelse*, i svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek mfl. Stockholm 1976

Von Eyben, W.E, *Formuerettigheder*, 5. Udgave, København 1977 (Cit: Von Eyben 1977)

Von Eyben, W.E, *Formueretten*, 27. Udgave, København 1991 (Cit: Von Eyben 1991)

Walin, Gösta, *Panträtt*, 2. Upplagan, Stockholm 1998 (Cit.: Walin 1998)

Walin, Gösta, *Separationsrätt*, Lund 1975 (Cit.: Walin 1975)

Ørgaard, Niels, *Sikkerhed i løsøre*, 3. Udgave, København 1998

Offentliga källor:

SOU 1985:11, *Nya konsumentregler*, betänkande av Utredningen om konsumenträttsliga frågor.

SOU 1988:63, *Kommission och dylikt*, slutbetänkande av kommissionslagskommittén.

Prop. 2001/02:134, *Ändringar i konsumentköplagen*

Rättsfallsförteckning

Svensk praxis

NJA 1912 s 156

NJA 1914 s 209

NJA 1924 s 543

NJA 1925 s 130

NJA 1925 s 453

NJA 1940 s 682

NJA 1950 s 417

NJA 1952 s 256

NJA 1952 s 407

NJA 1954 s 254

NJA 1966 s 107

NJA 1979 s 451

NJA 1980 s 740

NJA 1983 s 436

NJA 1985 s 159

NJA 1988 s 149

NJA 1995 s 367

Dansk Praxis

UfR 1896.1163

UfR 1906.474

UfR 1912.923

UfR 1950.586

UfR 1991.476

UfR 1992.245